der Steuerpflichtigen, die den erzielten Gewinn nicht zur Abdeckung der Unterbilanz benutzen, sondern durch vollständige oder teilweise Ausschüttung des Gewinns die Unterbilanz künstlich aufrechterhalten wollte, nicht gestattet sein darf, aus diesem Verfahren Vorteile zu ziehen und möglicherweise eine Befreiung der Personalsteuern in den folgenden Steuerabschnitten auch dann zu erreichen, wenn die Befreiung bei vollständiger Verwendung der Gewinne zur Auffüllung des Stammkapitals ausgeschlossen gewesen wäre. Daher würde, selbst wenn die Unterbilanz größer als der zur Verfügung stehende Jahresgewinn unter Hinzurechnung der Personalsteuern und der Aufsichtsratsvergütungen, die Befreiung hier doch versagt werden müssen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 29. Aug. 1929, I A 365/29.)

4. Kapitalverkehrsteuergesetz.

8. § 6a KapVerkStG. **Die Schaffung neuer Stammeinlagen für die bisherigen Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. durch Verwendung des unverteilten Reingewinns des letzten Jahres begründet keine Gesellschaftsteuerpflicht.**

Die aus den Kaufleuten J. und M. L. bestehende beschwerdeführende GmbH. hat durch Gesellschafterbeschlüsse v. 26. Okt. 1929 und 22. Febr. 1930 beschlossen, ihr Stammkapital um 54 800 RM zu erhöhen und zur Deckung der von den beiden Gesellschaftern zu gleichen Teilen zu übernehmenden neuen Stammeinlagen von je 27 400 RM aus dem Geschäftsgewinn des Jahres 1928 entsprechende Beträge zu verwenden. Das FinA. hat hierin Zahlungen gesehen, die zum Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den ersten Erwerber erforderlich sind, dafür GesellschSt. aus § 6a KapVerkStG. festgesetzt. FinGer. ist dem FinA. beigetreten. Der RBeschw. war stattzugeben.

So wenig wie § 184 HGB. bei Erhöhung des Aktienkapitals, fordert § 5 GmbHG., daß bei Erhöhung des Stammkapitals die neue Einlage durch Kapitalzuführung von außen her bewirkt wird. Es genügt zur Erfüllung der lediglich im Interesse der Gläubiger aufgestellten Erfordernisse, wenn im Geschäftsvermögen zur Deckung der Einlagen genügend bereites Kapital vorhanden ist und bilanzmäßig zur Deckung der neuen Einlagen verwendet wird. Anderseits hat der erk. Sen. ausführlich in dem Urt. v. 24. April 1929, II A 49/29): Mrozek, Kartei § 6a R 6², ausgesprochen, daß die GesellschSt. nicht bestimmt sei, die Vermehrung des Geschäftsvermögens durch die eigene Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu erfassen, daß vielmehr von Leistungen an die Gesellschaft i. S. von § 6a nur bei von außen der Gesellschaft zugeführtem Vermögen die Rede sein könne, und daß daher durch die Umbuchung einer Barreserve auf Grundkapital zur Deckung des Nennbetrags der den alten Aktionären unentgeltlich zum Bezug angebotenen jungen Aktien eine Gesellschaftsteuerpflicht nicht ausgelöst werde. Diese Grundsätze hat er im Urt. v. 7. Juni 1929, II A 261/29 auch auf die Stammkapitalerhöhung bei einer GmbH. übertragen, bei der die Gegenleistung durch Auflösung eines Spezialreservefonds bewirkt werden sollte. In beiden Fällen hat der Gesellschafter auf das bilanzmäßig ausgewiesene Vermögen schon auf Grund des bisherigen Gesellschaftsrechtes einen Anteil; die Bildung neuer Aktien oder Stammeinlagen ist daher nichts als eine andere Gestaltung seines schon bestehenden Gesellschaftsrechtes, bei der seine Mitgliedsrechte nicht vermehrt noch der Gesellschaft Mittel zugeführt werden, die sie nicht schon bisher besaß. Allerdings ist in beiden Urt. die Möglichkeit eingeräumt, daß eine Dividendenausschüttung beschlossen wird, um den Aktionären die Mittel zum Erwerbe junger Aktien zur Verfügung zu stellen, und daß zur Abkürzung des Verfahrens statt der Ausschüttung der Dividende und deren Wiedereinforderung zum Erwerbe junger Aktien sogleich der zur Ausschüttung bereitgestellte Gewinn auf das Entgelt für die jungen Aktien verrechnet wird. Indessen darf diese theoretische Möglichkeit nicht zur Aufstellung einer dahin gehenden Fiktion führen und nicht durch Aufstellung künstlerischer Rechtskonstruktionen den Vermögenszuwachs der Gesellschaft durch ihre Geschäftstätigkeit gesellschaftssteuerpflichtig machen.

Im vorliegenden Falle kann nicht zweifelhaft sein, daß bei den Gesellschaftern nicht einen Augenblick die Absicht bestand, aus dem Gesellschaftsvermögen einen Teil zur freien Verfügung der Gesellschafter auszuscheiden und es ihnen zu überlassen, ob sie ihn der Gesellschaft wieder zuführen wollten. Die Gesellschaft war auch nach § 46 Abs. 1 Nr. 1, trotz § 29 GmbHG., durchaus in der Lage, durch einstimmigen Beschluß eine Verteilung des Jahresgewinns auszuschließen. Denn wie der Sen. z. B. in dem Urt. v. 4. Mai 1923 (RFH. 12, 121) in Übereinstimmung mit dem RG. (RG. 87, 383; 320) ausgesprochen hat, steht dem Gesellschafter nicht schon mit der Genehmigung der Bilanz, sondern erst mit dem Beschluß der Gesellschafterversammlung über die Gewinnverteilung ein Anspruch auf Auszahlung des auf seinen Geschäftsanteil entfallenden Teiles des bilanzmäßigen Reingewinns zu. An dem Willen der Gesellschafter, von einer Ausschüttung des Reingewinns abzusehen, wird auch nichts geändert, daß in der Verhandlung v. 22. Febr. 1930 von einem den Gesellschaftern **zustehenden** Reingewinn aus dem Jahre 1928 die Rede ist. Denn damit ist nicht gesagt, daß die Gesellschafter von der Verteilung nicht eben doch absehen wollten. Nach § 133 BGB. ist bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, und hier läßt sich nicht im geringsten einsehen, warum die Beteiligten die Ausschüttung eines Gewinnes hatten wollen sollen, dessen Ausscheiden aus dem Gesellschaftsvermögen sie nicht wünschten. Im übrigen kann es für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied begründen, ob es sich um unverteilten Gewinn des letzten Jahres oder die Auflösung eines Reservefonds handelt, da auch dieser nichts anderes als aufgesammelter Gewinn bedeutet.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 25. März 1931, II A 706/30.)

*

× **9.** § 6a KapVerkStG. **Nimmt eine AktG. im Wege der Verschmelzung eine andere AktG., deren Aktien sie zum Teil bereits besitzt, gegen Gewährung junger eigener Aktien an die Aktionäre der eingeschmolzenen Gesellschaft in sich auf, so ist hinsichtlich der auf sie selbst entfallenden jungen Aktien nicht sie selbst, sondern erst derjenige Dritte erster Erwerber, an den sie die Aktien zur Verwertung entgeltlich weiterveräußert.**

Die beschwerdeführende AktG. hat nach dem Verschmelzungsvertrage v. 16. März 1927 die AktG. T., deren Aktien im Gesamtnennbetrage von 1 000 000 RM sie bereits zu $^9/_{10}$ besaß, gegen Gewährung von eigenen jungen Aktien an die Gesellschafter der eingeschmolzenen Gesellschaft im Verhältnis von 1:1 in sich aufgenommen, hat also als Hauptaktionärin der eingeschmolzenen Gesellschaft von ihren eigenen jungen Aktien 900 000 RM im eigenen Portefeuille behalten. Zur Entscheidung steht die Rechtsfrage, ob sie damit Ersterwerberin ihrer eigenen jungen Aktien geworden ist, oder ob Ersterwerber erst der ist, der sie von ihr bei weiterer Verwertung der Aktien bezieht. Bei erster Annahme würden die jungen Aktien nur der Fusionssteuer von 1% (§ 12 KapVerkStG., § 8 StMildG.) unterliegen. Bei der zweiten Annahme wären die jungen Aktien nur Verwertungsaktien; ihre Versteuerung würde je nach den Umständen, unter denen sie verwertet werden, gegebenenfalls nach dem vollen Steuersatze von 4% zu erfolgen haben.

Die Aktien sind von der BeschwF. im Nennbetrag von 875 000 RM bei einer anderen Verschmelzung verwendet worden, bei der die BeschwF. mit Verschmelzungsvertrag v. 17. März 1927 die AktG. D. gegen Gewährung eigener junger Aktien an die Aktionäre der eingeschmolzenen Gesellschaft im Verhältnis von 3:4 in sich aufgenommen hat. Von den Aktien der AktG. D. befanden sich nom. 3 500 000 RM in den Händen eines Konsortiums (K. genannt). Über diese 3 500 000 RM Aktien der AktG. D. hatte die BeschwF. bereits vor der Fusion mit Vertrag v. 15. und 20. Dez. 1926 ein Anschaffungsgeschäft gegen die Verpflichtung abgeschlossen, der K. dafür junge Aktien von sich im Verhältnis von 1:1 zu gewähren, unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Kapitalerhöhung von der nächsten Generalversammlung der beschwerdeführenden Gesellschaft beschlossen werde. Nachdem die Verschmelzung der AktG. D. mit der BeschwF. vereinbart war, haben die Beteiligten den Vertrag v. 15. und 20. Dez. 1926 durch Briefwechsel v. 18. und 29 März 1927 aufgehoben und vereinbart, daß die K. sich mit ihren 3 500 000 RM jungen Aktien an der Verschmelzung nach dem Verhältnis von 3:4 beteiligen, dann aber, obwohl sie nach dem Verschmelzungsvertrag für 3 500 000 RM Aktien der AktG. D. junge Aktien der BeschwF. im Nennbetrage von nur 2 625 000 RM zu erhalten hatte, „als Entschädigung für die Nichterfüllung des Vertrags v. 15. und 20. Dez. 1926 einen Betrag von 875 000 RM junge Aktien der BeschwF., die in der bevorstehenden Generalversammlung zu schaffen seien, weiter erhalten solle. Sie sollte ihrerseits der BeschwF. auf die 3 500 000 RM Aktien der AktG. D. die etwa auf das Jahr 1926 entfallende Dividende vergüten. Die BeschwF. hat die 875 000 RM junge Aktien, nachdem sie in der Generalversammlung v. 12. April 1927 ihr Aktienkapital um 5 430 000 RM erhöht und hiervon 3 770 000 RM zur Erfüllung des Fusionsvertrags mit der AktG. D. 1 000 000 RM für die Erfüllung des Fusionsvertrags mit der AktG. T. und 660 000 RM zur Ausgabe gegen bare Einzahlung bestimmt hatte, aus den 900 000 RM jungen Aktien entnommen, die ihr aus der Verschmelzung der AktG. T. als Hauptaktionärin dieser Gesellschaft selbst zustanden.

Das FinA. hat die Gesellschaftsteuer für die jungen Aktien der BeschwF. zum Steuersatze von 4% festgesetzt (Einspruchsbescheid v. 4. April 1928). Einspruch und Berufung sind erfolglos geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die BeschwF. Freistellung von der Nachforderung, indem sie die Ansicht vertritt, daß die 875 000 RM junge Aktien bei der Fusion mit der AktG. T. von ihr selbst als Ersterwerberin erworben worden seien.

Die Rechtsbeschwerde ist im wesentlichen unbegründet.

Es bedarf hier keines Eingehens auf die Frage, ob eine AktG. (im Gegensatz zu der Möglichkeit, ausgegebene eigene Aktien zu erwerben) rechtlich eigene Aktien **an sich selbst auszugeben** überhaupt in der Lage sei. Es kommt für die steuerrechtliche Beurteilung nur darauf an, ob i. S. des § 6a an die Gesellschaft Zahlungen und

---

¹) JW. 1929, 2197 (vgl. auch JW. 1928, 1620).

V.

Organe, Publizität und Pflichtprüfung *).

Von RA. Dr. Max Homburger, Karlsruhe.

A. Die Organe der Aktiengesellschaft.

I. Überblick.

Die AktG. deutschen Rechtes hatte bisher drei Organe, die GenVers., den Vorstand und den Aufsichtsrat (AufsR.). Durch die NotVO. tritt neben sie als weiteres Organ der Bilanzprüfer (§ 262a ff.). Hoffentlich läßt die Reichsregierung auf Grund der ihr erteilten Ermächtigung (Art. XIII Abs. 3 NotVO.) die Bestimmungen des Art. VI über die Bilanzprüfung bald in Kraft treten.

Die Bilanzprüfer werden ein Organ der AktG.[1]); sie nehmen dieselbe rechtliche Stellung ein wie die auditors im englischen Recht.

Weder der Entwurf zum AktienG. vom August 1930 noch die NotVO. tragen der Tatsache, daß der deutsche AufsR. in Wirklichkeit ein Verwaltungsorgan geworden ist, dadurch Rechnung, daß sie ihn von allen Kontrollpflichten (§ 246 Abs. 1 Satz 1 und 2) und der Verpflichtung zur Revision des Jahresabschlusses (§ 246 Abs. 1 Satz 3) befreien[2]). Die Funktionen des AufsR. nach § 246 HGB. erfahren keine Einschränkung, sondern nur Erleichterungen. Dem AufsR. obliegt auch in Zukunft:

1. die ständige Kontrolle über die Führung der Geschäfte durch den Vorstand,
2. die Revision der Jahresrechnung mit allen ihren Teilen.

1. Seine Pflichten als ständig tätiges Kontrollorgan bleiben unverändert. Es ist von vielen Seiten bezweifelt worden, ob er hierzu imstande sei[3]). Die NotVO. verzichtet darauf, die nur scheinbare Entlastung des AufsR. als Kontrollorgan einzuführen, welche der Entwurf durch eine Änderung des § 246 Abs. 1 Satz 1 (s. § 79 Abs. 1 Entw.) anstrebte. Da mit jener Änderung ein wirksamer Unterschied im Ausmaß der Kontrollpflicht und in den Voraussetzungen für die Haftbarkeit doch nicht erzielt worden wäre, schadet dieser Verzicht nicht[4]).

Es soll an dieser Stelle nicht de lege ferenda erörtert werden, ob der AufsR. in Wahrheit und Leben diese Kontrollfunktion mit der nötigen Wirksamkeit durchführen kann, ob nicht vielmehr der Wortlaut des Gesetzes Schrifttum und Rechtsprechung zu einer so einschränkenden Auslegung jener Bestimmung zwingt, daß sie stark an praktischer Bedeutung verlieren muß[5]).

2. Ebenso obliegt auch künftig dem AufsR. die Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses, die periodische Tätigkeit als Revisionsorgan. Ihm obliegt die Prüfung; er trägt die Verantwortung. Daran änderte der Entw. nichts; dabei beläßt es auch die NotVO.[6]). Die Verfasser des Entw. hatten anerkannt, daß dem AufsR. mit der Revisionspflicht eine Aufgabe zugemutet wird, die er nach der Vorbildung und der anderweitigen Inanspruchnahme seiner Mitglieder nicht erfüllen kann[7]); deshalb fügen Entw. und NotVO. der AktG. ein neues Organ ein, den Bilanzprüfer. Dieses neue Organ muß die Bilanz mit ihren Unterlagen und Anlagen materiell prüfen; es haftet der AktG. für Schaden aus Verletzung seiner Obliegenheiten. Es schiene logisch, den AufsR. von derselben Haftung für den gleichen Tatbestand zu befreien, nachdem das Gesetz mit Recht den Bilanzprüfer nicht zur Hilfsperson des AufsR. macht[8]). Der Entw. und die NotVO. lehnen das bewußt und absichtlich ab[9]). Der Bilanzprüfer soll nur die Revision des AufsR. vorbereiten und erleichtern; der AufsR. hat in der Regel seine Pflicht bei der Revision getan, wenn er den Bericht des Prüfers gehörig studiert und die erforderlichen Konsequenzen daraus zieht.

Das deutsche Aktienrecht hat somit für die gleiche Funktion, nämlich die Revision des Jahresabschlusses, zwei Organe, die nach einander tätig werden, aber beide der AktG. für richtige Erfüllung der gleichen Aufgabe haften. Schmölder hat im April 1931 in der Zeitschrift f. Treuhandwesen (S. 67) die Abgrenzung des Aufgabenkreises und der Verantwortlichkeit von Bilanzprüfer und AufsR. als noch zu lösendes Problem bezeichnet. In der NotVO. ist es nicht gelöst worden. Erst die Zukunft wird zeigen, ob diese Kumulation richtig ist. Die Kritik am Entw. hatte ihre begründeten Bedenken dagegen erhoben; es war eines der stärksten Argumente, mit denen die — unbedingt notwendige — Einführung der Pflichtrevision durch ein unabhängiges Organ der AktG. bekämpft worden war[10]).

3. Das deutsche AktienG. nimmt mit dieser Regelung eine Sonderstellung ein: das ausländische Aktienrecht kennt das ständige Kontrollorgan (dem AufsR. des deutschen Rechts entsprechend), oder das periodisch in Funktion tretende Revisionsorgan (dem Bilanzprüfer der NotVO. entsprechend). Es kennt aber nicht beides nebeneinander[11]).

Soweit im ausländischen Recht das System des eingliedrigen Verwaltungsrats herrscht (z. B. England, Schweiz, Frankreich), wird die Tätigkeit dieses Geschäftsführungsorgans anläßlich der Vorlage des Jahresabschlusses an die GenVers. vom Revisionsorgan (auditor, Kontrollstelle, commissaire de surveillance) revidiert[12]). Die gleiche Regelung enthalten die neuen dänischen Gesetze von 1930 über AktG. und über Banken (s. Abdruck in ZAuslIntPrR. 1930, 666 ff.).

Soweit das ausländische Recht neben dem geschäftsführenden Organ (dem Vorstand des deutschen Rechts) ein ständiges Kontrollorgan (den AufsR. deutschen Rechts) vorschreibt, ist diesem zumeist die Teilnahme an der Verwaltung verboten (Italien, Belgien, Ungarn, Bulgarien)[13]). Das Kontrollorgan jener Länder kann also nicht zum Mitverwaltungsorgan werden, wie es mit Billigung des Gesetzes in Deutschland der „Aufsichtsrat" geworden ist; jene reinen Kontrollorgane sind deshalb in der Lage, die Tätigkeit des geschäftsführenden Organs zu „überwachen"; das ist schon aus inneren Gründen für den hauptsächlich mitverwaltenden AufsR. in Deutschland nicht möglich[14]).

In Österreich und Polen läßt das Gesetz alternativ die Bestellung entweder eines ständigen Kontrollorgans oder eines periodisch arbeitenden Revisionsorgans zu[15]). In Polen kann die Satzung dem Revisoren die ständige Kontrolle der Geschäftsführung übertragen. Nur für norwegische Aktienbanken ist neben dem AufsR. der Revisor vom Gesetz vorgeschrieben; aber der Revisor hat dort nicht nur die einmalige Prüfung des Jahresabschlusses vorzunehmen; ihm obliegt außerdem die

---

*) Es werden nur die Neuerungen besprochen, in denen die NotVO. vom bisherigen Recht und vom Entw. abweicht; außerdem ist ein Überblick über die jetzigen Organe der AktG. und ihre gegenseitige Stellung notwendig.

1) Hachenburg: DJZ. 1930, 1482; Rosendorff, Reform des engl. AktR. S. 27; a. A. Voß (Obligatorische Revision S. 27).

2) Siehe hierzu insbes. Hamburger: Schlegelberger S. 134; Hallstein, Aktienrechte der Gegenwart S. 248 u. 308; Wieland, Handelsrecht, 1931, S. 115; Müller-Erzbach, Entartung S. 27; Goldschmidt: Ring-Schachian S. 213 ff.; Passow, Die AktG. S. 386 ff.; Generalber. des Enqueteaussch. S. 54 ff.; Albert Pinner: Verh. des 34. DJT. S. 650 und in den Prot. des Enqueteaussch. S. 329; Verfasser: Neugestaltung d. Aktienrechts S. 17 ff., 54 ff. mit Lit.

3) Pinner: Prot. des 34. DJT. S. 650; Verfasser a. a. O. S. 17 ff., 61 ff. mit Lit.; Bondi, Rechte der Aktionäre S. 242; Fischer: Ehrenberg S. 238/39.

4) Pinner: JW. 1930, 3678; Verfasser a. a. O. S. 18; ebenso Hagen: JheringsJ. 81, 244.

5) Siehe z. B. Wieland a. a. O. S. 151; Gierke, Handelsrecht, 1929, S. 303 u. 307; Bondi a. a. O. mit Lit.; Verfasser a. a. O. S. 54 zu I und 61 zu IV; Fischer a. a. O. S. 250; Falkenhausen: BankArch. 1930, 440; Goldschmidt a. a. O. S. 215, 226.

6) Erl. z. Entw. S. 100 und Schmölder: JW. 1930 a. a. O.; Verfasser a. a. O.

7) Wieland a. a. O. S. 146; Hallstein S. 308 ff.

8) Pinner a. a. O. 3678; Hachenburg: DJZ. 1930, 1482.

9) Schmölder a. a. O.

10) Z. B. Generalbericht S. 62 ff.; Falkenhausen a. a. O.

11) Hallstein S. 309.

12) Fischer S. 236; Wieland S. 110 ff.; Hallstein S. 319; Hamburger a. a. O.

13) Wieland S. 114 u. 147; Hallstein S. 324.

14) Hamburger S. 135; Bondi S. 242; Wieland S. 114; für die Revisionstätigkeit auch Hallstein S. 309; Passow S. 432.

15) Hallstein S. 309, 325, 322.

ständige Kontrolle der Geschäftsführung, also die nach § 246 Abs. 1 Satz 1 dem AufsR. obliegende Funktion[16]).

Das Ergebnis dieses knappen rechtsvergleichenden Überblicks wird dadurch nicht geändert, daß auch in den anderen Ländern sich Zwischenstufen herausgebildet haben[17]). Es ändert am System nichts, daß aus dem Schoß des eingliedrigen Verwaltungsrats oder boards sich eine Art geschäftsführendes Direktorium (Delegierte des Verwaltungsrats, managing directors) losgelöst hat[18]); deshalb bleibt doch das ganze Organ ein reines Verwaltungsorgan, dem keine Kontroll- oder Revisionspflicht obliegen kann. Ebensowenig ändert sich das System dadurch, daß z. B. die Praxis in Frankreich den Bilanzrevisor häufig auch während des Geschäftsjahres mit der Kontrolle der Geschäftsführung betraut; trotzdem wird er dadurch nicht zum Mitverwaltungsorgan[19]).

In Deutschland haben sich die Grenzen zwischen Vorstand und AufsR. als geschäftsführendem Organ so verwischt, daß wir uns praktisch sehr stark dem Board-System genähert haben. Trotzdem bestehen große rechtliche Unterschiede zum echten Board-System, die sich aus der rechtlichen Struktur der beiden Systeme erklären[20]).

Trotz Einführung der Pflichtrevision des Jahresabschlusses soll der AufsR. erhalten bleiben; dafür sprechen sowohl historische Erwägungen, wie auch Gründe für seine (mindestens theoretische) Mittlerstellung zwischen der in der GenVers. repräsentierten Aktionärschaft und dem Vorstand[21]). Inwieweit aber der Gesetzgeber sich doch noch wird entschließen müssen, ihn als Verwaltungsorgan mit Kontrollrechten, aber ohne Revisions- und Kontrollpflichten auszugestalten, das bleibt abzuwarten[22]).

II. Der Aufsichtsrat.

Die NotVO. ändert die Stellung des AufsR. als Kontrollorgan der AktG. nicht. Sie bringt durch ihre neuen Bestimmungen zum Ausdruck, daß sie ihm weitergehende Kontrollrechte verleiht, um der AktG. seine Inanspruchnahme wegen Verletzung dieser Kontrollpflicht zu erleichtern[23]).

1. Generell wird das Informationsrecht des AufsR. stark erweitert:

§ 230a in der Fassung der NotVO. befiehlt dem Vorstand eine regelmäßige Berichterstattung an den AufsR. (s. § 70 Entw.). Bisher hatten Satzung und Geschäftsordnung das schon häufig angeordnet.

Der Vorstand muß in regelmäßigen, mindestens vierteljährlichen Zwischenräumen berichten; außerdem ist er zum Bericht bei wichtigem Anlaß verpflichtet. Wann ein wichtiger Anlaß zur außergewöhnlichen Berichterstattung vorliegt, läßt sich allgemein nicht sagen. Das Pflichtgefühl des Vorstands und die Geschäftsordnung müssen darauf antworten. Als wichtiger Anlaß ist z. B. zu betrachten ein wesentlicher Rückgang des Umsatzes oder des Auftragbestandes, Änderungen auf dem Gebiet der Gehälter, Löhne, Preise für Roh- und Hilfsstoffe, welche die Kalkulation erheblich ändern; Gefährdung von Außenständen durch eingetretene oder drohende Verschlechterung der Schuldner; maßgebende Änderungen im Kreditbedarf oder in den Kreditbedingungen. Der Bericht soll den AufsR. über das informieren, was Gegenstand seiner Kontrolle nach § 246 HGB. sein soll, also über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens.

Ist der Bericht des Vorstands unwahr oder verschleiernd i. S. des § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB., so tritt nach Art. IX NotVO. in besonders schweren Fällen Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein; § 314 ist auf Berichte des Vorstands an den AufsR. anzuwenden[24]). Durch eine entsprechende Ergänzung des § 319 HGB. könnte der AufsR. den Vorstand durch Strafmaßnahmen des Registerrichters zur Berichterstattung zwingen; das fehlt in der NotVO. Der AufsR. kann sich nicht damit exkulpieren, daß der Vorstand keinen Bericht erstattet habe und der AufsR. deshalb um die Möglichkeit regelmäßiger Information gekommen sei. Er muß den widerspenstigen Vorstand abberufen und einen neuen bestellen; soweit diese Befugnisse nach der Satzung zur Kompetenz der GenVers. gehören, muß der AufsR. durch ihre Einberufung nach § 253 Abs 2 HGB. die Herbeiführung geordneter Zustände veranlassen. Wenn weder der Bericht noch die Persönlichkeiten des Vorstands Anlaß zu Mißtrauen bieten, noch sonst Verdacht erregen, genügt der Aufsichtsrat nach der herrschenden Meinung seiner Kontrollpflicht, wenn er den Bericht gründlich durcharbeitet, ergänzende und klärende Fragen stellt und sich durch Vornahme von Stichproben über die Zuverlässigkeit des Berichts, der Geschäftsführung und des Vorstands ein Bild macht[25]).

Leider hat die NotVO. die Bestimmung in § 79 Abs. 3 Entw. nicht übernommen, wonach der AufsR. in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht mitzuteilen hat, in welchen Zeitabschnitten, welcher Art und in welchem sachlichen Umfange die Prüfung der Geschäftsführung während des Geschäftsjahres erfolgt ist und welche Ergebnisse sie hatte. Das ausländische Recht befiehlt z. T. dem Kontrollorgan das Mindestmaß seiner Kontrollhandlungen[26]). Für die Frage der Regreßpflicht wäre sogar die Aufnahme einer solchen Bestimmung wünschenswert gewesen. Die Satzungen enthalten sie z. T. schon[27]).

2. Der Aufsichtsrat kann die ihm obliegenden Kontrollpflichten nur korporativ ausüben, soweit nicht § 246 Abs. 1 Satz 2 Ausnahmen vorsieht; damit hat die Frage der Übertragung einzelner Pflichten und Rechte an Ausschüsse, den Vorsitzenden usw. nichts zu tun[28]). Hierbei beläßt es die NotVO. Das einzelne Mitglied des AufsR. erhält kein Recht zur selbständigen Handlung. Aber das Einzelmitglied erhält wichtige neue Rechte zur Durchsetzung der dem AufsR. nach dem Gesetz obliegenden Kontrollpflichten. Das Gesetz will ihm im Regreßprozeß die Ausrede nehmen, es hätte sich nicht oder nicht gehörig informieren können[29]). Dieser Grundgedanke war schon in § 77 Entw. enthalten. Die NotVO. hat ihn in § 244a abgeschwächt und damit verschlechtert.

a) Jedes Einzelmitglied kann unter Angabe der Gründe beim Vorsitzenden des AufsR. die Einberufung einer Sitzung beantragen. Damit erscheint erstmals im Aktienrecht der „Vorsitzende des Aufsichtsrats“ als notwendige Person[30]). Es fehlt in der NotVO. die Vorschrift, daß der AufsR. einen Vorsitzenden haben muß.

Die Sitzung muß spätestens zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden. Entspricht der Vorsitzende dem Antrag eines Mitglieds nicht, so muß es resignieren. Nur wenn mindestens zwei Mitglieder vergeblich den Antrag gestellt haben, können sie beim Versagen des Vorsitzenden unter Mitteilung des Sachverhalts den AufsR. selbst berufen. Durch diese Erschwerung kann der einzelne Minderheitsvertreter oder auch das Mitglied des Betriebsrats in der Ausübung seiner Pflichten stark gehemmt werden. Weniger bedenklich ist es, daß das Einzelmitglied vom Vorstand Berichterstattung über die Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft nur mit Unterstützung eines anderen Mitglieds verlangen kann (Art. IV Nr. 2 NotVO. mit dem neuen Zusatz zu § 246 Abs. 1 HGB.).

Das Recht des Einzelmitglieds wird durch eine weitere Vorschrift noch stärker entkräftet, die im Entwurf nicht enthalten war. Die AktG. kann von den Einberufern einer Auf-

---

16) Hallstein S. 309; Hamburger S. 86.
17) Wieland S. 111ff.; Hallstein S. 251, 284.
18) Wieland S. 112; Hallstein S. 284, 251, 298.
19) Hallstein S. 322.
20) Hallstein S. 251, 284, 297, 308; Wieland S. 110ff.: Generalber. des Enqueteaussch. S. 62ff.; a. A. Gierke S. 307; s. auch Flechtheim-Wolff S. 263ff.
21) Wieland S. 117; Gierke S. 301; Fischer S. 235; Verfasser a. a. O. S. 55; s. auch Ludewig, Hauptprobleme S. 64ff.; Nord, Grundlinien S. 83ff.
22) Pinner: 34. DJT. S. 650; dagegen Gierke S. 307.
23) Erl. z. Entw. S. 100; Schmölder a. a. O.
24) Siehe z. B. Staub-Pinner, Anm. 5 zu § 314; Goldschmidt, AktG., Anm. 3 zu § 314; RGSt. 5, 146.
25) Goldschmidt: Ring-Schachian S. 227; Brodmann, AktG., Anm. 2b zu § 246; Staub-Pinner, Einl. zu § 246 II S. 308; Goldschmidt, AufsR. S. 168.
26) Hallstein S. 323; Verfasser a. a. O. S. 62.
27) Flechtheim-Wolff S. 260ff.
28) Wieland S. 150; Fischer S. 248; Goldschmidt a. A. S. 158; Gierke S. 303; Staub-Pinner, Anm. 13, 14a zu § 246; s. aber Brodmann, Anm. 2a zu § 246.
29) Dagegen Sintenis: BankArch. 1930, 464 u. bedenklich Hachenburg: DJZ. 1930, 1480.
30) Staub-Pinner, Anm. 14a zu § 246; Goldschmidt, AufsR. S. 325; dasselbe in AktG., Anm. 29 zu § 246.

denn durch seine Beschreitung wäre der Grundstücksanteil aus der Gesellschaft ausgeschieden, während die Gesellschafter ihn bei ihr belassen wollten. Es können deshalb in einem solchen Falle weder die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Nr. 1 noch die des Abs. 2 Nr. 2 als erfüllt angesehen werden. Der Zweck des Vorgehens könnte aber auch in anderen Gründen, als in der Absicht, die Grenzen der Verfügungsmacht zu verschieben, gelegen haben. Und deshalb läßt sich zu einer abschließenden Entsch. erst kommen, wenn die Verhältnisse zwischen den beiden Gesellschaftern geklärt und festgestellt ist, welche Zwecke mit der Abtretung erreicht werden sollten und wie die Abtretung sich praktisch auswirkt.

Im Urt. v. 19. Febr. 1930, II A 38 30, das gegen die BeschwF. mit Bezug auf ihren Erwerb von Aktien der X-GrundstücksverwertungsAktG. ergangen ist, hat der Sen. anerkannt, daß auch die Übertragung eines Teiles der Anteile nach § 1 i. Verb. mit § 5 RAbgO. steuerpflichtig sein kann, wenn die Übertragung vermöge der Beziehungen des Erwerbers zu dem Besitzer der übrigen Anteile mit dessen Anteilbesitz in einem inneren Zusammenhange steht. Daran wird auch jetzt nicht gezweifelt, und die engen Beziehungen von N. & Co. und der BeschwF. sind dem Sen. bekannt. Der damalige Tatbestand unterscheidet sich aber von dem gegenwärtigen wesentlich dadurch, daß der übertragende Anteilsbesitzer seinen gesamten Aktien-

---

und das stimmt natürlich bedenklich. Die Sache liegt so: Die dem M.-Konzern angehörige OHG. M. & Co. und die M.-AktG. hatten einheitlich die sämtlichen Aktien einer HausAktG. erworben und sind deshalb als Bruchteilseigentümer versteuert. Die OHG. übertrug dann ihre Aktien auf die ebenfalls zum Konzern gehörige P.-AktG. Der RFH. zieht auch diese Übertragung erneut zur Steuer heran, nach *Ott* mit Recht. Man müsse, sagt er, einen Bruchteilserwerb auch dann unterstellen, wenn der eine Aktienerwerber sein Aktienpaket an eine Firma *desselben* Konzerns weitergäbe. Nach ihm ist es sogar nicht einmal nötig, daß es sich um denselben Konzern handelt; es genügt auch ein *loserer Zusammenhang* (Näheres S. 479 unten, 480 oben). *Ott* erachtet also offensichtlich die Zugehörigkeit zu demselben Konzern sogar als *verschärfendes Indiz für die Steuerpflicht*. Man sieht, wie verschiedenartig auch in diesem Punkte die Ansichten sein können, und daß die bisherige Begründung des Urt. etwa der unteren Instanz keineswegs zwingend zu erscheinen braucht, vielmehr in Wahrheit ein *besonderes Wohlwollen* verrät. Auch *Ott* S. 480 kann erhebliche Zweifel nicht unterdrücken.

10. Wenn man sich vollständig vom Zivilrechte loslöst und nach Anleitung des § 6 GrErwStG. mehr Gewicht auf das *wirtschaftliche* Eigentum i. w. S. legt, könnte man zur Stützung des entscheidenden Satzes unseres Urt. (oben 8.) vielleicht auf folgende „Konstruktion" verfallen. Gerade bei Konzernwerken liegt es nahe, nicht das einzelne Werk als Bruchteilsbesitzer anzusehen, sondern den Konzern oder eine übergeordnete Gesellschaft bürgerlichen Rechts; ein Gedanke, der zum Beispiel bei der Umsatzsteuer häufig verwendet wird. Dann handelt es sich in Wahrheit um *Gesamt*eigentum, und dabei ist in der Tat die Verschiebung der Quoten gleichgültig und löst keine neue Steuerpflicht aus (JW. 1930, 1446; StW. 1929 Nr. 551). Vorläufig steht allerdings der 2. Sen. auf dem Standpunkte, daß speziell bei der GrErwSt. die Begriffe des Zivilrechts den Vorrang zu beanspruchen haben. Aber *Ott*: StW. 1930, 465 sagt ganz in Übereinstimmung mit JW. 1929, 2441, wenn auch im anderen Zusammenhange: Es geht auf die Dauer nicht an, daß man die wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Bejahung der Steuerpflicht in Anspruch nimmt, sie aber grundsätzlich leugnet, wenn sie zur Verneinung führt. Ein prägnantes Beispiel für die Richtigkeit dieser Ansicht ist StW. 1929 Nr. 732; ähnlich StW. 1930 Nr. 120 u. 436 (Erwerb nur eines Teiles der Anteile im Rechtssinne, aber Erlangung der eigentumsgleichen Macht hinsichtlich des Restes).

11. Unser Urt. beruft sich zur weiteren Stützung seiner Entsch. noch darauf: Der Verkauf von $^{8}/_{25}$ Grundstücksanteil seitens der *GrundstücksAktG.* an den BeschwF. mit der Verpflichtung der AktG., den Kaufpreis an N. & Co. abzuführen, wäre ein ungewöhnlicher Weg und hätte außerdem zu der nichtbeabsichtigten Ausscheidung der $^{8}/_{25}$ aus der GrundstücksAktG. geführt. Das ist gewiß richtig; der vorgeschlagene Weg ist mehr wie ungewöhnlich und müßte erst einmal aktienrechtlich verändert werden; so wie er beschrieben wird, ist er handelsrechtlich ungangbar. Vor allem wird aber ein Vertreter der Meinung der unteren Instanz erwidern: Zunächst handelt es sich nicht um ein Geschäft der BodenAktG. mit dem BeschwF., sondern um ein solches mit N. & Co. und ihm und dabei auch nicht um die *bürgerlich-rechtliche* Übertragung von Bruchteilseigentum, die ja ohne Zweifel steuerpflichtig wäre; vielmehr darum, ob rein *steuerlich* der Aktienverkauf als Grundstücksanteilsverkauf zu *bewerten* ist, also eine Fiktion, so daß *zivilrechtlich* eine Ausscheidung aus dem Vermögen der BodenAktG. gar nicht in Frage kommt. Besonders aber wird der Verteidiger des Bezirksamts darauf hinweisen, daß der RFH. mit diesem Argumente zu *viel*, also auch zu *wenig* beweist. Denn wenn sein Beweisgrund richtig ist, wäre die Besteuerung *jeder* weiteren Aktienverschiebung ausgeschlossen, weil die Herausnahme von Bruchteilen aus dem Vermögen der BodenAktG. niemals in der verständigen Absicht der Parteien liegen kann. Und Steuerfreiheit unter allen Umständen nimmt ja auch das Urt. selbst nicht an. Auffällig ist auch, daß der BeschwF. unter Umständen zu $^{9}/_{25}$ als Bruchteilseigentümer, zu $^{8}/_{25}$ als Aktienbesitzer anzusehen wäre; eine etwas sonderbare Mischung.

12. Wie aus alledem folgt, ist die Sache recht verwickelt. Die Erwägungen kreuzen sich, und die Entscheidung steht auf des Messers Schneide Man wird dem RFH. vielleicht am ersten so gerecht, daß man *zwischen den Zeilen* zu lesen versucht und nach dem *ungeschriebenen* Grunde forscht, der in dieser Wirrnis ihm den entscheidenden Fingerzeig gab. Ich denke mir den *wahren* Grund wie folgt: Wie *Lion* S. 75 treffend bemerkt, hat die für die Grundstücksgesellschaft so ungünstige Rechtsprechung des RFH. zu ihrer völligen Einkreisung geführt, so daß ein Verkauf des Grundstücks aus der Bodengesellschaft heraus zu erdrückenden Steuern führt. Insbesondere sind der RFH. und erst recht die unteren Instanzen in der Anwendung des § 5 RAbgO. zuerst doch wohl reichlich weit gegangen. Darauf war bereits (JW. 1929, 2441) hingewiesen. Zu meiner Genugtuung (Donellus vanitas iuris consultorum) sagt darüber eine Autorität wie *Ott* (StW. 1930, 475): Ich stimme *Fleck* darin grundsätzlich zu, daß man dem Umsatzgedanken im GrErwStG. i. S. einer weitgehenden Besteuerung des *wirtschaftlichen* Eigentums ausbauen und das schwere Geschütz des § 5 nach Möglichkeit vermeiden sollte. Es scheint nun, daß angesichts der *Fiskalität* der unteren Instanzen in letzter Zeit der *RFH. mehr dazu neigt, der Anwendung des § 5 engere Grenzen zu ziehen*; und daß diese *neue* Einstellung *unausgesprochen* in Wahrheit die eigentliche Entscheidungsunterlage bildet. Für den Praktiker ist es natürlich vom größten Interesse, sich ein eigenes Urteil darüber zu bilden, damit er weiß, *ob er in Zweifelsfällen Aussicht hat oder nicht und sich nicht etwa durch ältere ungünstige Urteile von der Weiterverfolgung abschrecken läßt*.

13. In dieser Beziehung ist auf folgendes hinzuweisen, wobei ich mich wiederum der Einfachheit halber auf *Ott* (StW. 1930, 462 ff.) stütze, zumal er dankenswerterweise auch einige nichtabgedruckte Urteile mitteilt. a) Zunächst einmal hat der RFH. den § 5 dann ausgeschaltet, wenn die Grundstücksgesellschaft außer dem Grundstücke noch anderes Vermögen und außer Hypothekenschulden weitere Schulden oder Forderungen von Bedeutung hat (StW. 1930 Nr. 118 und 467). b) Ferner, wenn die Bodengesellschaft ein großes zur Bebauung bestimmtes Gelände besitzt; besonders dann, wenn sie die Häuser *einzeln* verkaufen will, und zwar aus dem einleuchtenden Grunde, weil der Erwerb eines Teiles der Aktien dem Käufer niemals das wirtschaftliche Eigentum an dem von ihm begehrten Einzelhause verschaffen kann. Das ist nur dann der Fall, wenn die AktG. nur *ein* Haus hat. c) Die ZGmbH. ist die Spitzenorganisation der GmbH. I—IV. Auf Veranlassung der letzteren gründen die Geschäftsführer der ZGmbH., nämlich N. und R., eine neue HausGmbH., die ein Kontorgebäudegrundstück erwirbt. N. scheidet als Geschäftsführer aus und überträgt deshalb seine Anteile des HausGmbH. auf R., was nach § 3 GrErwStG. besteuert wird (der Konzern hat die Sache doch wohl recht unpraktisch aufgezogen). R. überträgt dann die Anteile auf die GmbH. I—IV im Verhältnis ihrer Konzernbeteiligung; das Haus wird dann an die SpitzenGmbH. Z. vermietet. Eine Steuerpflicht für die Übertragung der Aktien an die GmbH. I—IV ist vom RFH. abgelehnt. Die Vereinigung der Anteile in der Person des R. war nicht *Zweck* der Gründung der HausGmbH., sondern lediglich die *Folge*, daß die GmbH. I—IV die Vorschiebung anderer Personen für zweckmäßig gehalten haben (!). Vor allem ist aber keine Steuer umgangen. Denn die natürliche Gestaltung bedingte den unmittelbaren Übergang des Hauses an die GmbH. I—IV (praktischer m. A. n. an die von ihnen gebildete Konzerngesellschaft *bürgerlichen* Rechtes) und die Steuer dafür ist bereits bei Einbringung des Hauses in die HausGmbH. entrichtet (*Ott*: StW. 1930, 470). d) Dies Urteil ist um so bemerkenswerter, weil es die Vorschiebung fremder Personen als unschädlich bezeichnet und damit in einen gewissen Widerspruch mit dem sonst vom RFH. eisern festgehaltenen Grundsatze gerät, daß der Treuhänder als wirklicher steuerpflichtiger Eigentümer zu betrachten ist (*Lion*, § 1 Anm. 7). Es kann ferner auch für die oben abgedruckte Entscheidung bei der durch sie angeordneten erneuten Verhandlung wesentlich werden, wenn nämlich der Erwerb etwa von Anfang an für den Konzern beabsichtigt war, also von den $^{16}/_{25}$ von N. & Co. von Beginn an die Hälfte mit $^{8}/_{25}$ für den BeschwF. bestimmt war. Man könnte dann sogar die Voraussetzung der Steuerersparnis verneinen, denn der naturgemäße Gang wäre die sofortige Eintragung von N. & Co. zu $^{8}/_{25}$ und die des BeschwF. zu $^{17}/_{25}$ gewesen. Diese Steuer ist aber bereits erhoben. e) In einem weiteren von *Ott* S. 471 mitgeteilten Urteile schärft der RFH. ein, es müsse den Aktienbesitzern *lediglich* darum zu tun gewesen sein, gemeinschaftlich wie *Miteigentümer* das Grundstück zu benutzen. In demselben Sinne sprechen sich eine Reihe anderer Entsch. aus (*Ott* S. 472, 473). Darunter ist besonders bezeichnend die Freistellung der Übertragung von Anteilen einer sog. MieterGmbH. (JW. 1929, 1512. Dazu *Ott*: StW. 1929, 592). Hier war nach dem RFH. das

besitz an die BeschwF. übertrug und selbst ausschied. Danach war es berechtigt, die Sache nach den Verhältnissen zu betrachten, die zwischen den drei beteiligten Gesellschaftern bestanden und eine tatsächliche Feststellung des FinGer., daß alle Beteiligten Miteigentum haben erwerben wollen, als ohne Rechtsirrtum getroffen zu bezeichnen. Bei solcher Sachlage wäre auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der festgestellten Umgehungsabsicht bei dem ersten Erwerbe für die Feststellung der Absichten bei dem zweiten eine Beachtung nicht versagt wird. Aber vorliegend, in dem es sich nur um die Verschiebung des Anteils der gleichen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen handelt, kann allein die frühere Umgehungsabsicht nicht ausreichen, um daraus die Umgehungsabsicht und eine den wirklichen Bedürfnissen widersprechende Gestaltung der späteren Rechtsvorgänge abzuleiten.

(RFH., Urt. v. 18. März 1930, II A 160/30.)

*

17. § 3 GrErwStG. Ist die AktG. A an der GmbH. B und der GmbH. C zu je $^2/_3$ beteiligt und wird das restliche Drittel der Gesellschaft B an die Gesellschaft C und das der Gesellschaft C an die Gesellschaft B abgetreten, so kann auf Grund von § 5 a. F. (§ 10 n. F.) RAbgO. angenommen werden, daß alle Geschäftsanteile der GmbH. B und C in der Hand der AktG. A vereinigt sind.

Der Beschwerdegegnerin standen seit 1923 zwei Drittel der Geschäftsanteile der GrundstücksGmbH. Bankplatz 6 zu. Das letzte Drittel war in den Händen des P. Dasselbe traf für die Geschäftsanteile der GrundstücksGmbH. Bankplatz 7 zu.

Durch Verträge v. 22. Mai 1924 trat P. seinen Geschäftsanteil an der Bankplatz 6-Gesellschaft an die Bankplatz 7-Gesellschaft und seinen Geschäftsanteil an der Bankplatz 6-Gesellschaft an die Bankplatz 6-Gesellschaft ab. Damit war P. aus dem Verbande der beiden Grundstücksgesellschaften ausgeschieden und die Beschwerdegegnerin alleinige Beherrscherin beider Gesellschaften geworden.

Die Steuerstelle nahm an, daß die Beschwerdegegnerin i. S. des § 3 GrErwStG. alle Geschäftsanteile beider Gesellschaften in ihrer Hand vereinigt habe. Da die Gesellschaften Eigentümer je des in ihrer Firma bezeichneten Grundstücks waren, zog die Steuerstelle die Beschwerdegegnerin unter Anwendung des § 5 a. F. (§ 10 n. F.) RAbgO. zur Grunderwerbsteuer heran.

Die Einsprüche der Herangezogenen blieben erfolglos. Das FinGer. stellte von der Steuer frei, der Rechtsbeschwerde war stattzugeben.

Richtig ist, daß — bürgerlich-rechtlich betrachtet — die Geschäftsanteile der Grundstücksgesellschaften Nr. 6 und 7 nicht in einer Hand vereinigt sind. Denn sie stehen der Beschwerdegegnerin zu $^2/_3$ und der anderen Gesellschaft zu $^1/_3$ zu. Wenn auch die Grundstücksgesellschaften sich wirtschaftlich in den Händen der Beschwerdegegnerin befinden, so sind sie doch nicht dieselben Rechtspersönlichkeiten wie diese, da jede juristische Person losgelöst von ihren Mitgliedern zu betrachten ist.

Es greift aber der Gesichtspunkt durch, daß die Grundstücksgesellschaften in ihrem Einverständnisse von der Beschwerdegegnerin nur vorgeschoben sind, um zwar im eigenen Namen, aber auf Weisung und für Rechnung der Beschwerdegegnerin die Mitgliedschaft auszuüben. Das darf man bei so eigenartiger Verschachtelung ohne weiteres annehmen, und für die Wahl der ungewöhnlichen Rechtsformen kann nur die Absicht der Steuerersparung bestimmend gewesen sein, weil ein anderer Zweck nicht ersichtlich und auch nicht behauptet ist.

Rechtsirrtümlich ist die Ansicht des FinGer., daß die Beschwerdegegnerin rechtlich und wirtschaftlich nur über je $^8/_9$ der Geschäftsanteile beider Grundstücksgesellschaften verfügte. Mit Recht wirft die Steuerstelle die Frage auf, wer denn über das letzte Neuntel verfügt habe. Die Beschwerdegegnerin war die einzige Rechtspersönlichkeit, die an den beiden Grundstücksgesellschaften sachlich beteiligt war. Ihr allein gebührt letzten Endes die gesamte Verfügungsmacht. Um das zu erkennen, bedurfte es nicht der mathematischen Betrachtung der Steuerstelle, gegen die im übrigen nichts einzuwenden ist. Der von der Rechtsordnung gebotene Weg, um das von der Beschwerdegegnerin erstrebte wirtschaftliche Ziel zu erreichen, wäre der gewesen, daß sie die restlichen Geschäftsanteile selbst erwarb. Das Dazwischenschieben eines Treuhänders war ein ungewöhnliches Geschäft. Auch die sonstigen Voraussetzungen des § 10 n. F. (§ 5 a. F.) sind erfüllt.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 7. Juli 1931, II A 256/31.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 539 b RVO. Kaufmännischer und verwaltender Teil eines Großhandelsunternehmens. Unfallversicherung eines Handlungsreisenden eines solchen Unternehmens.

1. Auch der kaufmännische und verwaltende Teil eines Großhandelsunternehmens kann nach § 539 b RVO. der gewerblichen UV. unterliegen.

2. Ein Handlungsreisender, dessen Tätigkeit einem nach § 539 b RVO. versicherten kaufmännischen Teil des Unternehmens zuzurechnen ist, genießt auch während seiner Beschäftigung, die sich nicht in örtlicher Nähe des versicherten Betriebes abspielt, Versicherungsschutz.†)

Die An- und Verkaufsgenossenschaft des Kreises N., eGmbH., die in der Stadt N. ihren Sitz hat und in verschiedenen anderen Orten Zweigstellen unterhält, betreibt vorwiegend Handel mit Futter,

---

treibende Motiv nicht der Erwerb von Bruchteilseigentum, vielmehr die Selbstnutzung durch Miete. Wenn Stockwerkseigentum gälte, wäre m. A. n. die Sache vielleicht minder klar. In diesem Zusammenhange spricht Ott davon, daß die Rspr. bei Anwendung des § 5 (nunmehr) vorsichtig vorgehe. f) Auf den ersten Blick befremdend — besonders wenn man vorher (StW. 1929 Nr. 1001) gelesen hat — wirken demgegenüber die Urt. JW. 1928, 1420 und 1929, 2441. Steuerpflicht, obwohl α) der Veräußerer sich geweigert hatte, das Grundstück selbst zu übertragen; β) der Erwerber als Ausländer nicht die behördliche Genehmigung erhalten hätte; γ) das Grundbuchamt zu langsam arbeitete. Hier war also das Abhilfsmittel des Aktienerwerbes eigentlich durch andere Erwägungen diktiert. Immerhin brauchen diese andersartigen Beweggründe — wenigstens im Falle α und γ — die Absicht, das Grundstück selbst zu erwerben, nicht unbedingt auszuschließen. Beide Motivreihen können auf disparaten Ebenen liegen. Über den Fall β, Erwerb des Ausländers, könnte man allerdings anders denken. Der Ausländer wollte und konnte das Grundstück selbst eben nicht erwerben. Aber er wurde doch wirtschaftlicher Eigentümer, und aus diesem Grunde ist doch wohl seine Heranziehung gerechtfertigt. Der RFH. betont demgegenüber einen moralischen Grund, die Umgehung der Erwerbsgenehmigung. Das Steuerrecht ist aber alles andere als ethisch, siehe die Besteuerung von Bordelleinnahmen oder von Schmiergeldern. Früher war der RFH. in den β-Fällen milder und hat § 5 nicht angewendet (Kartei R. 66 zu § 1). g) Günstig für den Steuerzahler ist RStBl. 1929, 529: Ein Pfl., der sein Geschäft in eine GmbH. einbringen wollte, hat die Bargründung mit Strohmännern gewählt, weil er sich durch ein Heraustreten mit seinem Namen mit den Händlern von Lebensmitteln verfeindet hätte; § 5 ist nicht angewendet. h) Besonders wichtig ist natürlich die Frage, ob wirklich eine Ersparnis erzielt werden sollte. X. will sein Haus an A., B. und C. zu je $^1/_3$ verkaufen. Aber nur A. kann sofort alles zahlen, B. und C. nur je $^1/_6$ statt $^1/_3$. Wenn die Eintragung zu je $^1/_3$ erfolgt, müßte auf die Bruchteile von B. und C. für ihn eine Hypothek eingetragen werden. Bequemer ist es, wenn X. sein Grundstück in eine MobilisierungsAktG. einbringt, A. bekommt von den Aktien sein $^1/_3$ und die bevorschußten $^2/_6 = ^4/_6$; B. und C. nur je $^1/_6$. Zahlen sie ihre Restschuld an A. und erhalten sie ihr weiteres $^1/_6$, so ist das m. A. n. steuerfrei. Zwar sollte in Wahrheit Bruchteilseigentum übertragen werden. Aber der reguläre Weg war die direkte Eintragung aller drei zu je $^1/_3$, und diese Steuer ist durch die Einbringung des X. in die AktG. bereits fällig geworden. Allerdings sind die Gebühren für die Hypothekenbestellung erspart. Ob diese Gebühren, denen übrigens die des KapVerkStG. gegenüberstehen, unter § 5 fallen, ist eine Frage für sich, die nach § 1 Abs. 1 RAbgO. wohl zugunsten des Pflichtigen zu beantworten wäre.

14. Das Resultat ist also:

Die Teilübertragung von Anteilen (Aktien, GmbHAnteile) ist nur dann steuerpflichtig, wenn die Absicht a) beider Parteien, b) gerade zur Zeit der Übertragung, c) wirtschaftlich lediglich, d) auf die Übertragung von Bruchteilseigentum und e) auf eine Steuerersparnis gerichtet war. Dabei darf man ein gewisses Wohlwollen des RFH. mit in Rechnung stellen.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 1. Dem Urteil ist m. E. keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beizulegen. Nach dem vorliegenden Sachverhalt, wo zwischen der Reisetätigkeit des Kl. und dem Betriebssitz der Firma ein enger Zusammenhang bestand, da der Kl. von seinen kleinen Reisen in die Umgebung regelmäßig dorthin zurückkehrte, ist dem Urteil jedoch zuzustimmen. An der Auslegung des § 539 b RVO. ist nichts auszusetzen. Zutreffend führt auch der letzte Absatz der Entsch. aus, daß der Wohnsitz des Kl. für den Versicherungsschutz unerheblich ist, vielmehr der örtliche Zusammenhang mit dem Betriebssitz in Ausübung der Tätigkeit, wenn auch nur mittelbar, gewahrt sein muß. Eine wichtige Prüfung, die der Haftpflicht der BerGen. aber eine andere Wendung hätte geben können, haben aber anscheinend sämtliche Instanzen und auch der Senat nicht vor-

Getreide, Sämereien, Düngemitteln, landwirtschaftlichen Maschinen, Baumaterialien und Kohlen. Von ihrer Hauptgeschäftsstelle aus erfolgt die kaufmännische Leitung und Verwaltung in Büroräumen, die mit Lagerräumen für die Waren und sonstigen technischen Betriebsteilen auf einem Grundstück vereinigt sind. Nach dem Gehalts- und Lohnnachweis für die Großhandels- und Lagerei-BerGen. waren bei der Firma i. J. 1928 achtundzwanzig technische Angestellte und gewerbliche Arbeiter beschäftigt. Zu dem kaufmännischen Personal des Unternehmers gehörte der Kl. Er war etwa zur Hälfte im Büro und zur anderen Hälfte als kaufmännischer Reisender gegen festes Monatsgehalt tätig. Bei seiner Reisetätigkeit benutzte er regelmäßig ein Motorrad, für dessen Unterhaltung er aufzukommen hatte; von seiner Firma erhielt er lediglich zur Abgeltung der ihm unterwegs erwachsenen Unkosten Kilometergelder und einen kleinen Spesenzuschuß.

Am 3. Okt. 1928 erlitt der Kl. auf einer Geschäftsfahrt mit seinem Motorrad einen Unfall. Seinen Entschädigungsanspruch hat die Großhandels- und Lagerei-BerGen. abgelehnt, da er als Halter des Kraftfahrzeuges anzusehen sei und deswegen als selbständiger Herrenfahrer nicht der UVPflicht unterliege.

Gegen diesen Besch. hat die AOKrankK. für den Kreis N. gemäß § 1511 RVO. Berufung eingelegt. Sie weist darauf hin, daß der Kl. früher zu seinen Geschäftsreisen ein von der Firma gestelltes und von deren Kutscher geführtes Geschäftsfuhrwerk benutzt habe, und hält es für unerheblich, daß der Kl. zur Zeit des Unfalls sein eigenes Motorrad verwendete. Das OVersA. hat die Entschädigungspflicht der Bekl. dem Grunde nach anerkannt: Es ist ohne rechtliche Bedeutung, wem das Motorrad gehört, der Kl. genieße den Schutz des § 539 b RVO.

Gegen dieses Urt. richtet sich der Rekurs der Bekl. Sie schließt sich der bereits früher von der Vereinigung der Arbeitgeberverbände des Deutschen Großhandels dem RArbM. und RVersA. gegenüber vertretenen Ansicht an, daß § 539 b RVO. auf Betriebe des Geschäftsbereichs der Großhandels- und Lagerei-BerGen. grundsätzlich keine Anwendung finden könne. Denn in diesen Betrieben sei stets der kaufmännische Teil des Unternehmens das Wesentliche; der versicherte technische Teil diene zwar dem kaufmännischen Teil, nicht aber umgekehrt der kaufmännische dem technischen Teil des Betriebes. Überdies fehle es beim Kl., der seinen Wohnsitz nicht in N., sondern in S. habe, an dem in § 539 b RVO. geforderten nahen örtlichen Verhältnis zu dem technischen Teile des Unternehmens.

Das RVersA. hat den Rekurs der Bekl. zurückgewiesen und in den Gründen folgendes ausgeführt:

Der Auffassung der Bekl., für Betriebe ihres Geschäftsbereichs sei die Anwendbarkeit des § 539 b RVO. grundsätzlich ausgeschlossen, ist der Sen. nicht beigetreten.

Wie bereits in der grundsätzlichen Entsch. des RVersA. vom 29. Nov. 1929 (EuM. 26, 19) ausgeführt worden ist, bezwecken die Worte im § 539 b RVO. „soweit er den Zwecken des versicherten Betriebs dient" nur eine Klarstellung in der Richtung, daß nicht etwa der gesamte kaufmännische und verwaltende Teil eines Unternehmens der UV. in den Fällen unterliegen solle, in denen ein für das Gesamtunternehmen nebensächlicher technischer Betrieb (z. B. Fahrstuhl, Heizung) vorhanden ist. Darüber hinaus darf der Ausdruck „dienen" nicht überspannt werden. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber mit diesem Ausdruck etwa eine Rangordnung zwischen dem kaufmännischen und technischen Teil in dem Sinne hat einführen wollen, daß der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens in dem technischen Teil liegen müsse. Vielmehr genügt nach der Auffassung des erk. Sen. eine oft nur mittelbare Abhängigkeit des kaufmännischen Teils von dem technischen, die durch den wirtschaftlichen Zweck des Unternehmens am deutlichsten erkennbar wird. Durch das Wesen des gesamten Unternehmens nicht bedingte, mit dem Zweck desselben nicht oder nur ganz entfernt zusammenhängende technische Einrichtungen werden daher in der Regel keine Versicherung des kaufmännischen Teils eines Großhandelsunternehmens herbeiführen. Hinzu kommt noch, daß es sich bei dem technischen Teil des Betriebes nicht um einzelne und vorübergehende technische Verrichtungen innerhalb des Gesamtunternehmens, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes um einen „Betrieb" zur Behandlung und Handhabung der Ware i. S. des § 537 RVO., d. h. um einen auf die Dauer berechneten Inbegriff von Tätigkeiten handeln muß, die auf einen einheitlichen Zweck gerichtet sind.

Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß z. B. bei einem Lagerhausunternehmen der kaufmännische Teil dem versicherten technischen Teil „dient". Eine andere Beurteilung wird dagegen geboten sein, wenn ein Großhandelunternehmen nur ein kleines Lager von Warenproben oder Mustern im Zusammenhang mit seinem kaufmännischen Unternehmen unterhält, die zu liefernden Waren aber nicht selbst lagert, behandelt oder befördert, sondern lediglich die Aufträge ihrer Kundschaft über die bei Fabrikanten oder anderen Handelsunternehmungen lagernden Waren zur Ausführung bringen läßt. Derartige Unternehmungen — vorwiegend solche des Zwischenhandels — werden regelmäßig keinen versicherten technischen „Betrieb" i. S. des § 537 Nr. 11 und 12 RVO. haben, so daß auch ihr kaufmännischer und verwaltender Teil dann nicht nach § 539 b a. a. O. gegen Unfall versichert sein kann.

Im vorl. Falle ist hiernach unzweifelhaft anzunehmen, daß bei der An- und Verkaufsgenossenschaft des Kreises N., eGmbH., der kaufmännische Teil den Zwecken des versicherten technischen Betriebs dient. Da weiterhin die kaufmännischen Büroräume in unmittelbarer örtlicher Nähe des versicherten Betriebs liegen (vgl. hierzu die bereits angeführte RekEntsch. 3856; ANachrfRVers. 1929, IV, 444 = EuM. 26, 19), sind sämtliche kaufmännische Angestellten der Firma, zum mindesten solange sie in den Büros tätig sind, als versichert anzusehen.

Aber auch die weitere Frage, ob der Kl., der als Reisender nicht nur im Büro, sondern auch außerhalb des Geschäftssitzes tätig ist, Versicherungsschutz genießt, war zu bejahen.

§ 539 b RVO. will offenbar den Kreis des kaufmännischen Personals bestimmen, der als versichert anzusehen ist. Es kommt danach nicht auf jeden einzelnen Angestellten, sondern nur auf den gesamten in Frage kommenden kaufmännischen Teil des Unternehmens an. Treffen bei dem kaufmännischen oder verwaltenden Teil des Unternehmens die Voraussetzungen des § 539 b a. a. O. zu, so ist daher auch jeder zu diesem kaufmännischen Teil gehörige Angestellte versichert. Dieser Versicherungsschutz bleibt bestehen, auch wenn der Angestellte zeitweilig im Interesse des Unternehmens außerhalb der Betriebsstätte als Reisender oder sonstwie tätig wird. Die Verhältnisse liegen hier ähnlich wie bei einem Arbeiter oder Monteur auf dem Betriebswege. Für die Feststellung, ob ein Reisender einem versicherten kaufmännischen Teil des Unternehmens zuzurechnen ist, wird es z. B. von wesentlicher Bedeutung sein, ob er auch Kontorarbeiten verrichtet und einen ständigen Arbeitsplatz im Büro hat. Ist dagegen das Unternehmen so eingerichtet, daß das Ein- und Verkaufsgeschäft im wesentlichen nur in der Hand von Reisenden liegt, wohnt etwa ein Reisender außerhalb des Sitzes des Unternehmens und findet sich nur gelegentlich dort ein, steht also mit dem Unternehmen nur in ganz losen Beziehungen, so kann insoweit ein besonderer kaufmännischer Teil des Unternehmens vorhanden sein, der zu dem versicherten technischen Teil nicht in einem dem Zwecke entsprechenden örtlichen Verhältnis zu stehen braucht.

Im vorl. Falle bestehen sehr enge Beziehungen zwischen dem versicherten kaufmännischen Unternehmen und der Reisetätigkeit des Kl., da er teils im Büro, teils als Reisender in der näheren Umgebung des Betriebssitzes tätig gewesen und regelmäßig dorthin zurückgekehrt ist. Der Kl. genoß daher auch auf Reisen den Versicherungsschutz aus der gewerblichen UV. Sein Anspruch auf Rente wegen der Folgen des bei seiner Reisetätigkeit erlittenen Unfalls ist, da eine meßbare Minderung der Erwerbsfähigkeit über die dreizehnte Woche hinaus zurückgeblieben ist, begründet.

(RVersA., RekEntsch. v. 20. Nov. 1930, I A 2780/30, EuM. 29, 2.) [Z.]

*

****02. Ist der Geschäftsführer einer GmbH. durch Dienstvertrag bestellt, so unterliegt seine Beschäftigung der Arbeitslosenversicherung, sofern sie nicht angestelltenversicherungsfrei ist. Dadurch, daß der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH. ist, wird die Versicherungspflicht jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn er als Gesellschafter keinen maßgebenden Einfluß auf die Entschließungen der Gesellschaft hat.**

(RVersA., 3. BeschlSen. der Abt. für Angest.-, Knappsch.- u. Arbeitslosenvers., Beschl. v. 25. März 1931, III Ar 2/31 B.) [K.]

---

genommen. Die BerGen. hat freilich diese Frage angeschnitten, indem sie sich darauf berief, daß der Kl. als Halter des Fahrzeugs anzusehen sei und deswegen der UVPflicht nicht unterliege. Das ist jedoch nicht entscheidend. Die BerGen. sowie auch vor allem der als oberste Instanz befaßte Senat des RVersA. hätte vor allem die Kraftfahrzeugpapiere des Kl. prüfen müssen, und zwar dahin, ob der Kl. ein sog. Kleinkraftrad verwendete, d. h. bis zu 200 ccm Hubraum, dessen Führung keines Führerscheins bedarf, oder ein darüber hinausgehendes, das einen Führerschein der Klasse 1 benötigte. Führen eines solchen Kraftrades ohne Führerschein wird bekanntlich nach § 24 des Kraftfahrzeuggesetzes mit Geldstrafe bis zu 300 ℳ oder mit Gefängnis bis zu 2 Monaten bestraft, also als Vergehen i. S. des StGB. Unter der Voraussetzung des Nichtvorliegens eines Führerscheins konnte die BerGen. die strafrechtliche Verurteilung herbeiführen, so daß der Kl. gem. § 577 Abs. 1 RVO. gegenüber der BerGen. nur noch einen „Kann"anspruch hatte. Dann aber war der Rechtszug dem Kl. verschlossen.

Dr. H. Lorenz, Berlin.

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 5 Abs. 1 PrGewStVO. Aufwendungen einer GmbH., die sie anläßlich ihrer Gründung für Gesellschaftssteuer machen muß, gehören zu den Werbungskosten und können daher vom Ertrage der Gesellschaft abgezogen werden. †)

Der GewStBerAusſch. hatte bei der Festsetzung der Gewerbeertragssteuer einer GmbH. 2000 *RM*, die die GmbH. anläßlich ihrer Gründung an Gesellschaftssteuer gezahlt hatte, im Gegensatz zum GewStAussch. als abzugsfähige Ausgabe angesehen, nämlich als Werbungskosten i. S. des § 16 REinkStG. v. 10. Aug. 1925.

Die Rechtsbeschwerde des Vors. des GewStAussch. ist zurückgewiesen.

Nach § 5 Abs. 1 GewStVO. in der für 1927 geltenden Fassung der Bek. v. 15. März 1927 (GS. 21) wird der Gewerbeertrag nach den Bestimmungen des REinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung festgestellt. Bei Gewerbetreibenden, die Handelsbücher nach den Vorschr. des HGB. führen — dazu gehört die steuerpflichtige GmbH. —, wird der Gewinn aus Gewerbebetrieb nach Maßgabe der Vorschr. des § 13 REinkStG. durch Vergleich des Anfangs- und des Endvermögens des Steuerabschnitts ermittelt, wobei neben andern die Vorschr. dieses Gesetzes über die abzugsfähigen Ausgaben (§§ 15—18) zu beachten sind. Zu den Ausgaben gehören nach § 15 Abs. 1 Ziff. 1 die Werbungskosten, das sind nach § 16 Abs. 1 „die zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einkünfte gemachten Aufwendungen". Nach § 18 dürfen als Ausgaben Aufwendungen nicht abgesetzt werden, die sich als Verwendung des Einkommens darstellen; hierher gehören nach Ziff. 1 das. insbes. Aufwendungen zur Verbesserung und Vermehrung des Vermögens, zu Geschäftserweiterungen, zu Kapitalanlagen, zur Schuldentilgung oder zu Ersatzbeschaffungen, soweit diese Aufwendungen über den Rahmen der §§ 15, 16 hinausgehen und nicht für Gegenstände gemacht sind, die beim Vermögensvergleiche berücksichtigt werden, sowie nach Ziff. 3, die von dem Steuerpflichtigen entrichtete Einkommensteuer sowie sonstige Personalsteuern.

Die Entsch. der strittigen Frage hängt hiernach davon ab, ob die Gesellschaftsteuerzahlung zu den Werbungskosten oder zu den nicht abzugsfähigen Aufwendungen des § 18 gehört. § 18 Abs. 1 Ziff. 3 steht dem Abzuge der Gesellschaftsteuer nicht entgegen, da diese, eine besondere Art der Kapitalverkehrsteuer, nicht zu den Personalsteuern gehört. Mit Unrecht nimmt der BeschwF. an, daß es sich für die steuerpflichtige Gesellschaft bei der Gesellschaftsteuerzahlung um Einkommensverwendungen i. S. des § 18 handle, die über den Rahmen der Werbungskosten deshalb hinausgingen, weil sie aus Anlaß der Gesellschaftsgründung entstanden seien. Die der früheren Rspr. des OVG. für das PrEinkStG. v. 24. Juni 1891 entsprechende Rechtsauffassung, daß Aufwendungen, die unmittelbar die Einkommensquelle und nur mittelbar das Einkommen beträfen, nicht unter die Werbungskosten fielen, ist vom OVG. in Anwendung der Vorschr. des REinkStG. v. 10. Aug. 1925 (RGBl. I, 189) bereits in der Entsch. v. 13. Dez. 1928, VIII G St 339/27 (R.- u. PrVerwBl. 50, 274) aufgegeben worden. Denn nach § 16 REinkStG. sollen, wie aus der Begründung zu entnehmen ist, die Werbungskosten alle die Betriebsausgaben umfassen, deren Abzug nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist (zu vgl. Mrozek, Komm. z. EinkStG., 1926, S. 77 Anm. 1 zu § 16; Strutz, Komm. z. EinkStG., 1927, Bd. I S. 889 ff., 1028; RFH. 20, 208, 211/212). Darunter fällt auch die Aufwendung, die die Steuerpflichtige für Gesellschaftsteuer machen mußte. Sie stellt sich für die steuerpflichtige Gesellschaft nicht als Verwendung des Einkommens, insbes. nicht als Aufwendung zur Verbesserung oder Vermehrung des Vermögens, zur Geschäftserweiterung oder zur Kapitalanlage dar. Die Aufwendungen für Gesellschaftsteuer aus Anlaß der Gesellschaftsgründung können als über den Rahmen der Werbungskosten hinausgehende Einkommensverwendungen der Gesellschaft i. S. des § 18 nicht angesehen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Beschl. v. 18. Febr. 1930, XIII G St 107/29.)

*

Zu 1. Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Im wesentlichen auch in der Begründung.

Die RBeschw. hatte sich auf § 18 EinkStG. (Einkommensverwendung) berufen. Mit Recht hat das OVG. diesem Einwand den von der Rspr. des RFH. seit Inkrafttreten des EinkStG. 1925 immer schärfer herausgearbeiteten Grundsatz entgegengehalten: alle Betriebsausgaben sind „Werbungskosten". Die Unterscheidung zwischen Ausgaben, die sich auf das Vermögen, und solchen, die sich auf das Einkommen beziehen, hat eben durch das Bilanzprinzip den größten Teil ihrer früheren Bedeutung eingebüßt. Das geht so weit, daß Becker S. 430 seines Komm. z. EinkStG. bemerkt: „Für die Einkommensarten 1—3" (also auch für die Einkünfte aus Gewerbebetrieb) „kommt § 18 Abs. 1 Nr. 1 überhaupt nicht zu Raum." Im selben Sinne auch Evers, Komm. z. KörpStG., Anm. 5 ff. zu § 17 KörpStG. Ich möchte deshalb insoweit — im Gegensatz zu Evers, Anm. 59 zu § 15 KörpStG. — auch abgesehen von der gesetzlichen Neuregelung die Entsch. des RFH. 15, 212/13 für überholt halten, in der der RFH. die bei einer Emission erwachsenen Unkosten nicht für abzugsfähig gehalten hat, weil der ganze Vorgang der Emission lediglich im Bereiche des Stammvermögens und nicht in dem der Einkommensbildung liege und deshalb für die Körperschaftsbesteuerung außer Betracht zu bleiben habe. — Mit dem Hinweis auf § 18 EinkStG. wollte die RBeschw. aber offenbar noch einen weiteren Einwand erheben: daß nämlich die hier streitigen Ausgaben für Gesellschaftsteuer zu einer Zeit erwachsen sind, in der die Gesellschaft noch gar nicht ins Leben getreten war. Auch wenn man mit dem RFH. es mit dem Ausdruck „Betriebsausgaben" nicht allzu wörtlich nimmt, also auch gewisse Ausgaben, wie Abstandsgelder u. dgl., dazurechnet, die vor der eigentlichen Betriebseröffnung liegen, bleibt doch immer das Bedenken, daß man einer noch gar nicht existenten und darum noch gar nicht steuerpflichtig gewordenen Person nicht gut schon Betriebsausgaben zurechnen könne. Dieser Einwurf ist allerdings nicht leicht zu nehmen. Für das Gebiet des Körperschaftsteuerrechts wird er durch die Vorschrift des § 15 Ziff. 4 KörpStG. (Emissionskosten sind abzugsfähig, soweit sie nicht aus dem Emissionsagio gedeckt werden können) erledigt. Damit kommt man jedoch für das Gewerbesteuerrecht, das lediglich die Vorschriften des EinkStG., nicht die des KörpStG. sinngemäß anwendet, nicht weiter. Andererseits aber hilft auch das EinkStG. nicht viel, denn bei Gründung einer Personalgesellschaft sind die Steuerpflichtigen als solche schon da, nur ihre Verbindung zu einer Gesellschaft und zum Betriebe eines Gewerbes ist neu. Daß dieser Gesichtspunkt auch dem RFH. Anlaß zu Zweifeln gegeben hat, geht aus seinem (später als das hier vorliegende Erkenntnis ergangene) Urteil StW. 1930 Nr. 766 hervor. Dort ging es gleichfalls um die Abzugsfähigkeit der Gesellschaftsteuer, und zwar bei Gründung einer KommGes. X.-GmbH. & Co. In dem Urteil heißt es u. a.: „Die Gründung einer OHG. ist für die Einkommensteuer kein Akt, durch den ein Steuerpflichtiger erst entsteht, sondern ein Akt, den mehrere schon bestehende Steuerpflichtige vornehmen, weil sie sich davon gewerbliche Vorteile versprechen." Wenn es sich aber, wie hier, um eine GmbH. handelt, so fällt naturgemäß eine solche Argumentation fort. Es zeigt sich dann bei solchen Gelegenheiten immer wieder, daß der gänzliche Ausschluß einer entsprechenden Anwendung körperschaftsteuerlicher Bestimmungen im Bereich des Gewerbesteuerrechts für dieses doch zu großen Schwierigkeiten der Auslegung führt. Es kommt noch hinzu, daß man für die Körperschaftsteuer den Zeitpunkt der steuerlichen Rechtsfähigkeit u. U. bereits in das Gründungsstadium hineinverlegen kann (RFH. 12, 326), was im Gewerbesteuerrecht bedenklich ist, weil die Gewerbesteuerpflicht an die Eröffnung des Betriebes knüpft. Trotzdem wird man zu einem anderen Ergebnis als dem des vorliegenden Urteils nicht gelangen dürfen. Der Grund dafür liegt freilich in reinen Billigkeitserwägungen. „Es sprechen starke wirtschaftliche Gründe dafür, eine steuerfreie Beschaffung ... des Grundkapitals zuzulassen. Denn durch den Gründungsvorgang wird ja nicht nur das Subjekt, die Rechtspersönlichkeit geschaffen, sondern zugleich mit Vermögen ausgestattet. Und man kann annehmen, daß die Gesellschaftsgründung ... unterbleiben würde, wenn die Gründer ... nicht davon ausgingen, daß die Aufwendungen sich für den Betrieb lohnen würden, mit anderen Worten, daß das gesamte Vermögen der Gesellschaft nicht nur um den Nettobetrag des ihr nach Abzug der Ausgabekosten verbleibenden Kapitals erhöht werden würde, sondern mindestens zugleich um den Gegenwert der dafür aufgewendeten Kosten. Ist diese Annahme richtig, so muß auch bei einer Liquidation dieser Betrag wieder zutage treten, und es wäre billig, auch diesen Betrag steuerlich als Einlage zu behandeln, also entweder die Aktivierung dieser Kosten zuzulassen oder den Gewinn des Jahres in jedem Falle um die aufgewendeten Emissionskosten zu kürzen" (Evers, Anm. 59 a. a. O.). Die Entscheidung hängt letzten Endes von dem Gewicht ab, das man solchen wirtschaftlichen Überlegungen (die Evers a. a. O. übrigens nur gesetzespolitisch anstellt) beilegen will. Ich möchte es für stark genug halten, um sich auch gegen ein immerhin beachtliches Bedenken formaljuristischer Art durchzusetzen und damit auch ohne unmittelbaren gesetzlichen Anhalt den Abzug der Gesellschaftsteuer einer GmbH. bei der Gewerbeertragsteuer zu rechtfertigen.

RA. Dr. Harold Würzel, Berlin.

2. § 5 Abs. 1 PrGewStVO.; § 52 EinkStG. Die gemäß § 52 EinkStG. bei der Festsetzung der Einkommensteuer vorzunehmenden Abzüge kommen bei der Gewerbesteuer nach dem Ertrage nicht in Betracht. †)

Ein Gewerbesteuerberufungsausschuß billigte, daß der Gewerbesteuerausschuß bei der Berechnung der Gewerbesteuer einer Firma das vom FinA. festgestellte gewerbliche Einkommen zugrunde gelegt und einen Abzug des steuerfreien Einkommensteils nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 REinkStG. und der Familienermäßigungen nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 das. nicht für zulässig erachtet hatte.

Die Rechtsbeschwerde wies das OVG. zurück.

Allerdings kann es zunächst zweifelhaft sein, ob die Gründe der angefochtenen Entsch. diese zu tragen vermögen. Denn wenn auch nach § 5 Abs. 1 GewStVO. der Gewerbeertrag nach den Bestimmungen des REinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung festzustellen ist, so sind doch die Festsetzungen der FinA. für die Gewerbesteuerbehörden nicht bindend. Nach der ständigen Rspr. des OVG. haben die Gewerbesteuerbehörden vielmehr die Pflicht eigener Prüfung. Wenn daher die Regierung tatsächlich — wie es nach dem Steuerbescheide den Anschein hat — bestimmt haben sollte, daß das gewerbliche Einkommen nach den vom FinA. ermittelten Sätzen (unverändert) „zu übernehmen“ sei, so würde dies mit der Rechtslage nicht im Einklang stehen.

Im vorliegenden Falle kommt es auf diesen Punkt nicht entscheidend an, zumal da die Steuerpflichtige die Festsetzung nach den Sätzen des FinA. nicht bemängelt hat, sondern nur die Berücksichtigung der Abzüge auch bei der Gewerbesteuer beansprucht hat. Dieser Antrag ist unbegründet. Nach § 16 GewStVO. i. d. Fass. der Bek. v. 15. März 1927 (GS. 21) ist der Veranlagung der Gewerbesteuer für 1928 der Ertrag zugrunde zu legen, den das Unternehmen im Kalenderjahre 1927 (oder dem früher ablaufenden Wirtschaftsjahr) erzielt hat; nach § 5 a. a. O. sind die Bestimmungen des REinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung maßgebend. Diese finden sich in den §§ 29—34 a. a. O. Die Abzüge von dem Einkommen für die *Festsetzung* der Einkommensteuer gemäß § 52 a. a. O. sind also für die Gewerbesteuer nicht anzuwenden. Dazu kommt noch, daß die Gewerbesteuer eine Objektsteuer ist und dem Unternehmen als solchem auferlegt ist. Mit diesem Charakter der Gewerbesteuer als einer Objektsteuer wäre es nicht vereinbar, wenn auch Abzüge berücksichtigt würden, die lediglich in den *persönlichen* Verhältnissen des Betriebsinhabers ihren Grund haben. Ebensowenig wie die von diesem entrichtete Einkommensteuer bei der Feststellung des Gewerbeertrags abgezogen werden kann (§ 18 Abs. 1 Ziff. 3 REinkStG.), ebensowenig kann dabei auf die bei der Einkommensteuer gemachten Abzüge irgendwelche Rücksicht genommen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 11. Febr. 1930, VIII GSt 224/29.)

Zu 2. Es liegt eine inkorrekte Ausdrucksweise der GewStVO. vor. Aus dem Gesetzestext kann man in der Tat herauslesen, daß bei Berechnung des Gewerbeertrages die persönlichen Abzüge des Betriebsinhabers zu berücksichtigen sind. Sachlich würde diese unberechtigt sein, denn die Besteuerungsmerkmale für die Gewerbesteuer sind dem Unternehmen und nicht der persönlichen Leistungsfähigkeit des Inhabers zu entnehmen. Ausschlaggebend ist ferner die Erwägung, daß bei einer OHG. offenbar nicht die mehreren Sozien zustehenden Kürzungen addiert werden können.

RA. Dr. *Paul Marcuse*, Berlin.

D. Ausländische Gerichte.

1. Österreich.

1. Auch nach dem ÖstGmbHG. können Nachschüsse vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen nur eingefordert werden, wenn eine bezügliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage enthalten ist. †)

(OGH. Wien, Entsch. v. 4. März 1931, 3 Ob 171/31, ÖstAnwZtg. 1931, 151, 152.)

---

2. Ungarn.

2. Die in Ungarn eingetragene Vertretung einer ausländischen AktG. besitzt eine von der Rechtspersönlichkeit der ausländischen Gesellschaft verschiedene Rechtspersönlichkeit nicht. Ladung und Prozeßeinlassung der Filiale wirkt für und gegen die Muttergesellschaft.

(Ung. Kgl. Kurie v. 30. April 1931, P VII 936/30.)

Mitgeteilt von Dr. *Josef Goldberger*, Budapest.

Zu 1. § 28 Abs. 2 DGmbHG. („Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Einforderung von Nachschüssen ... schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen zulässig ist“) wird in der Literatur dahin ausgelegt, daß die Einforderung von Nachschüssen vor vollständiger Bezahlung der Stammeinlagen *nur* zulässig sei, wenn dies der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimme. Im ÖstGmbHG. fehlt eine analoge Bestimmung. In Betracht kommt nur § 74 Abs. 3 ÖstGmbHG. „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Einforderung von Nachschüssen schon vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen zulässig ist, so kann die Zurückzahlung solcher Nachschüsse vor der Voreinzahlung des Stammkapitales nicht erfolgen.“ Ob in dieser, dem vorletzten Abs. des § 30 DGmbHG. analogen Bestimmung implizite, insbes. im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des österr. Gesetzes, auch die Vorschrift enthalten sei, daß Nachschüsse vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen nur im Hinblicke auf eine ausdrückliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eingefordert werden können, ist strittig gewesen. Es wurde nämlich in der Generalversammlung einer GmbH., deren Gesellschaftsvertrag eine solche ausdrückliche Bestimmung, wie sie § 28 Abs. 2 DGmbHG. im Auge hat, nicht enthält, der Beschluß gefaßt, Nachschüsse über die Stammeinlagen einzufordern, wiewohl die Stammeinlagen im Zeitpunkte dieses GenVersBeschlusses noch nicht voll eingezahlt waren. Der Beschluß wurde von einem Gesellschafter gem. § 41 Ziff. 2 ÖstGmbHG. als eine zwingende Vorschrift verletzend mittels Klage auf Nichtigerklärung angefochten, und zwar mit der Begründung, daß es gem. § 74 Abs. 3 ÖstGmbHG. zur Einforderung von Nachschüssen vor Volleinzahlung der Stammeinlagen einer bezüglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage bedürfe. Das Kreisgericht Leoben als erste Instanz gab dieser Klage statt, das OLG. Graz mit einer sehr interessanten Begründung und der OHG. Wien bestätigten das erstinstanzliche Urteil.

RA. Dr. *Maximilian Kößler*, Wien.

Die Übersicht der Rechtsprechung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Hefte zum Abdruck

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Lützow 6363)
Druck: Oskar Brandstetter in Leipzig.

führt den Leser zu Zusammenhängen, die ihm bei der Lektüre einer einzelnen Entsch. nicht in gleicher Weise offenbar werden und die für ihn Anlaß bieten, selbst über die in den einzelnen Rechtsgebieten auftauchenden Rechtsprobleme von neuem nachzudenken.

Besonders lesenswert erscheinen mir die Ausführungen über die Verwirkung (S. 83), die clausula rebus sic stantibus (S. 117) und culpa in contrahendo (S. 137).

Das Verhältnis der clausula rebus sic stantibus zu dem Begriff Treu und Glauben wird ja, wie nebenbei bemerkt werden mag, voraussichtlich in naher Zukunft durch die Rechtsprechung zum 3. Kap. des 5. Teiles der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931 eine besondere Klärung erfahren. Die gerichtliche Herabsetzung der übermäßig hohen Dienstvergütungen ist nach § 1 der erwähnten Vorschrift davon abhängig, daß die Vergütung mit Rücksicht auf die Geschäfts- und Vermögenslage des Dienstberechtigten oder die veränderte allgemeine Wirtschaftslage als übermäßig hoch anzusehen ist, und daß deren Weiterzahlung ihm deshalb nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Was bedeutet hiernach Treu und Glauben?

Der Dienstverpflichtete, also Vergütungsberechtigte, wird hier vom Gesetz für verpflichtet erachtet, in eine Herabsetzung der ihm vertraglich zustehenden Leistungen zu willigen. Es handelt sich nicht nur um Auslegung einer Willenserklärung, es handelt sich auch nicht um die Beurteilung der zu bewirkenden Leistung, sondern es handelt sich um eine tiefeinschneidende Veränderung des Vertrages überhaupt. Die Worte „Treu und Glauben" sind daher hier in Wahrheit farblos. Sie besagen nichts weiter, als daß der Dienstverpflichtete in eine Herabsetzung der Vergütung zu willigen hat, wenn diese Vergütung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbes. bei Berücksichtigung der Geschäfts- oder Vermögenslage des Dienstberechtigten oder der veränderten allgemeinen Wirtschaftslage unbillig hoch ist. Demnach ist für die Zukunft jeder Dienstvertrag, der vor dem 7. Okt. 1931 abgeschlossen und in dem dem Dienstverpflichteten eine höhere jährliche Vergütung als 15 000 *RM* zugesagt ist, mit der Klausel behaftet, daß unter den erwähnten Voraussetzungen und in den besonders vorgeschriebenen gesetzlichen Formen eine Herabsetzung der Vergütung vom Dienstberechtigten verlangt werden kann. Der Dienstverpflichtete, der trotz des Eintritts der zur Herabsetzung berechtigenden Umstände auf seinem Schein besteht, verletzt Treu und Glauben.

Gern hätte ich es gesehen, wenn der Verf. auch den Einfluß von Treu und Glauben im Skripturrecht behandelt hätte. Das vermisse ich, und zwar vor allem deshalb, weil hier der Verf. Gelegenheit gehabt hätte, entgegen der in der Praxis und der Literatur herrschenden Auffassung für eine stärkere Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben auch auf diesem Gebiete einzutreten.

Das Wechselrecht und insbes. das Protestrecht ist eigentlich das einzige Gebiet des Privatrechtes, das von dem vom Begriffe Treu und Glauben ausgehenden frischen Lufthauch noch ziemlich unberührt geblieben ist. Hier herrscht immer noch Formalismus in Reinkultur.

Daneben hätte es dem Buche nach meiner persönlichen Einstellung zum Vorteil gereicht, wenn neben der gewiß dankenswerten Wiedergabe der einschlagenden RGEntscheidungen die Kritik noch etwas stärker zu ihrem Rechte gekommen wäre.

Jedenfalls aber wird das Buch jedem Juristen, der sich schnell über den Einfluß von Treu und Glauben in den einzelnen Rechtsgebieten informieren will, die rasche Orientierung erleichtern, und darin liegt, ganz abgesehen von dem vom Verf. aufgewendeten Fleiß in der Zusammentragung der Entscheidungen, der ganz besondere Wert des trefflichen Werkes. Man wird jedem Praktiker die Anschaffung des übrigens vom Verlag Bensheimer ausgezeichnet ausgestatteten Buches raten können.

RA. Prof. Dr. James Breit, Dresden.

Ausland.

Józef Kaczkowski: Polskie Prawo o spółkach akcyjnych. (Polnisches Aktiengesetz). 2. Aufl. Posen 1931. Wojewodschaftliches Verlagsinstitut. XV u. 578 Seiten.

Der wertvolle Kommentar, dessen i. J. 1928 erschienene erste Auflage in JW. 1929, 628 angezeigt wurde, liegt nunmehr in stark erweiterter neuer Auflage vor. Der Verf. hat den Stoff nochmals eingehend durchgearbeitet, seine Ausführungen vielfach ergänzt und vertieft und die inzwischen erschienene Literatur sowie die allerdings bisher noch recht spärliche Rspr. mitverarbeitet. Der Gesetzestext ist durch die Wiedergabe von AusfVO. ergänzt worden, darunter die bedeutsame VO. v. 20. Dez. 1928 über die Bedingungen der Zulassung ausländischer AktG. und KommanditAktG. zum Geschäftsbetriebe in Polen. Von einer Kommentierung dieser VO. hat der Verf. mit Recht abgesehen; sie wird sich erst lohnen, wenn der Rahmen, den die VO. gibt, durch eine ausgiebige Verwaltungspraxis gefüllt sein wird. Soviel läßt sich allerdings heute schon erkennen, daß die Zulassung zum Geschäftsbetriebe auf Grund der zum Teil recht dehnbaren Bestimmungen der VO. nicht ganz leicht zu erwirken sein wird. Recht seltsam ist insbes. die — dem Rüstzeug des zaristischen Verordnungsrechts entnommene — Vorschrift, wonach die Gesellschaft für den Betrieb in Polen ein bestimmtes Kapital festsetzen muß, dessen Betrag der Bekanntmachung im Amtsblatt bedarf (§ 9e), und dessen Erhöhung oder Herabsetzung nur mit Genehmigung der polnischen Behörde zulässig ist (§ 7a). Die Erfüllung dieser Voraussetzung wird deutschen AktG., die zum Geschäftsbetriebe in Polen zugelassen werden wollen, recht erhebliche technische Schwierigkeiten bereiten. — Eine außerordentliche Bereicherung hat das Buch durch die Beifügung von Formularen gewonnen, die nach dem Vorbild des vom Berliner Anwaltverein herausgegebenen Formularbuchs ausgearbeitet und mit eingehenden Erläuterungen versehen sind. Sie werden der polnischen Notariatspraxis als vorzügliches Orientierungsmittel willkommen sein, ebenso die eingehenden Stempel- und Notariatsgebührentabellen sowie die Zusammenstellung der Register-, Börsen- und Bilanzvorschriften.

Bei der Erläuterung des polnischen Aktienrechts muß man sich bewußt sein, daß das Aktiengesetz einen besonderen Abschnitt des gesamten Zivilrechtssystems darstellt. Bei der Auslegung der zahlreichen Stellen, an denen das Aktiengesetz stillschweigend auf die Normen des allgemeinen Zivilrechts verweist, taucht immer wieder das Problem auf, ob mit diesen Verweisungen auf die in Polen geltenden fünf Privatrechtsordnungen Bezug genommen wird oder ob die Lösung nicht vielmehr ohne Rücksicht auf interlokale Verschiedenheiten einheitlich zu finden ist. Mit richtigem Takt hat der Verf. den letzteren Weg beschritten. Das Gesetz, das die Materie des Aktienrechts für den gesamtlichen polnischen Staat einheitlich geregelt hat, gebietet damit auch für alle einzelnen aktienrechtlichen Rechtsverhältnisse eine einheitliche Behandlung, die unabhängig davon ist, ob der einzelne aktienrechtliche Vorgang mit diesem oder jenem polnischen Teilgebiet örtlich verknüpft ist. Wenn dabei der Verf., um zu einer einheitlichen Lösung zu gelangen, ganz unbefangen die deutsche Aktienrechtslehre heranzieht, so ist das durchaus richtig. Da das polnische Aktiengesetz sich im wesentlichen an das Vorbild des deutschen Rechts anlehnt, so müssen auch die allgemeinen Grundprinzipien des deutschen Rechts zur Auslegung des polnischen Gesetzes herangezogen werden können. Es ist dies dieselbe Methode der Auslegung, die für die Zeit vor dem 1. Jan. 1900 Kohler zur Auslegung der in der deutschen ZPO. enthaltenen Verweisungen auf das Zivilrecht empfahl (vgl. GrünhutsZ. 13, 48, 57; Ges. Beitr. zum Zivilprozeß 205). Die Lehre Kohlers, daß die ZPO. nicht auf das gemeine, französische, preußische usw. Privatrecht, sondern auf diejenigen Normen verweise, die als „richtigste Äußerung unserer heutigen Kulturrechtsordnung" anzusehen seien, kann bei der Auslegung des polnischen Aktienrechtes verwertet werden. So hat der Verf., um nur ein Beispiel für seine Methode zu erwähnen, in Art. 13 Anm. 1 das Problem, ob und inwieweit die Aktienzeichnung der Anfechtung wegen Irrtums unterliege, einheitlich und ohne Berücksichtigung der Irrtumslehre nach den fünf Privatrechtssystemen dem deutschen Vorbild entsprechend dahin gelöst, daß der Aktienzeichner, sofern er sich bewußt gewesen war, einen Zeichnungsschein zu unterschreiben, wegen Irrtums über den Inhalt der Zeichnungsverpflichtung ein Anfechtungsrecht nicht habe.

Recht wenig ergiebig ist das neue Aktiengesetz in verfahrensrechtlicher Beziehung. So fehlt es an einer Regelung der Prüfungspflicht des Registerrichters vollkommen. In Art. 77 Anm. 2 begrenzt der Verf. im Anschluß an das deutsche Recht die Prüfungspflicht des Registerrichters dahin, daß er Beschlüsse, die nur bei ihm einzureichen, nicht einzutragen seien, grundsätzlich nicht nachzuprüfen habe und daß die Nachprüfung von Beschlüssen, soweit sie stattzufinden hat, nicht etwa im Interesse der Dritten erfolge, deren Rechte durch den Beschluß beeinträchtigt werden könnten — eine Lösung, der durchaus beizustimmen ist.

In Art. 73 wird für GenVersBeschlüsse die Protokollierung durch einen Notar gefordert. Hinsichtlich der Form des notariellen Protokolls fehlt es — abgesehen von der Bestimmung, wonach alle Unterlagen einschließlich der Anwesenheitsliste als Anlagen beizufügen sind — an jeder Vorschrift. Hier wird man daher nicht umhin können, auf die Verfahrensvorschriften der Teilgebiete zurückzugreifen. Danach werden insbes. die Fragen zu entscheiden sein, ob das Protokoll vor Beendigung der GenVers. errichtet, ob es vorzulesen und von der Versammlung zu genehmigen und ob und von wem es zu unterschreiben ist. Daß mindestens der Notar das Protokoll zu unterschreiben hat, wird sich aus der Natur der Sache ergeben. Die Frage aber, ob der Notar noch vor Schluß der GenVers. unterschreiben muß oder dies auch noch kurze Zeit nach Beendigung der GenVers. tun darf, kann aber doch wohl nicht, wie der Verf. meint, unter Hinweis auf die deutsche Praxis, sondern nur unter Berücksichtigung der für notarielle Protokolle geltenden Vorschriften des polnischen Rechts beantwortet werden.

RA. Dr. Kann, Berlin.

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Handelsgesellschaften.

a) Offene Handelsgesellschaft.

1. § 738 BGB. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat Anspruch gegen die Gesellschaft oder den die Firma fortsetzenden Gesellschafter auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die von Gesellschaftsgläubigern gegen ihn bestehen. Voraussetzung für den Anspruch ist nur die Fälligkeit der Gesellschaftsforderung, nicht deren Geltendmachung durch die Gläubiger.†)

Die Ehefrau des Kl., die die Inhaberin der beklagten Firma ist, betrieb bis 1928 das Geschäft gemeinsam mit dem Kl. als OHG. Als dieser 1928 ausschied, erhielt er von der Bekl. eine vom 23. Juni 1928 datierte Bescheinigung folgenden Wortlauts: „Bezüglich Deines Ausscheidens aus der Firma C. K. bestätige ich Dir hiermit ausdrücklich, daß die Firma an Dich an den mit Bilanz v. 31. März 1928 buchmäßig feststehenden Schulden keinerlei wie immer auch geartete Forderungen oder Ansprüche hat." Zu diesen Verbindlichkeiten gehörten namentlich solche gegenüber Dr. M. und dem Ostelbischen Braunkohlensyndikat. Dr. M. hatte durch Vertrag v. 6. Juli 1926 seitens der Eheleute R. als Sicherheit für seine Forderung eine Reihe von Sachen übereignet erhalten, die er vereinbarungsgemäß zunächst in ihrem Besitze beließ, aber jederzeit herauszuverlangen berechtigt war. Ende 1928 erhob Dr. M. gegen den Kl. auf Herausgabe der Sachen Klage und erstritt in zwei Instanzen obsiegende Urteile. Der Kl. behauptet, daß Dr. M. auch die Urteile vollstreckt habe und sich die Sachen bei seiner Ehefrau befanden. Er hat mit seinem Klageantrag von der Bekl. Befreiung von den Verbindlichkeiten gegenüber Dr. M. und dem Ostelbischen Braunkohlensyndikat, insbes. aus dem von M. erwirkten Herausgabeurteil, ferner Herausgabe der in diesem Urteil aufgeführten Gegenstände und Schadensersatz wegen Vollziehung des erwähnten Urteils gefordert.

LG. und KG. haben abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben.

Die Vorinstanz geht davon aus, daß nach dem Inhalt der der Klage zugrunde liegenden Urkunde die Bekl. die Verbindlichkeiten der früheren Gesellschaft allein zu zahlen, die Inanspruchnahme des Kl. seitens der Gläubiger wegen dieser Verbindlichkeiten zu verhindern habe, und ihr, soweit sie selbst in Anspruch genommen werde, kein Rückgriff gegen den Kl. zustehe. Diese Auslegung der Urkunde kann auf sich beruhen. Das Gesetz selbst gibt in § 738 BGB. dem aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter hinsichtlich der Gesellschaftsverbindlichkeiten ohnehin gegen seine Mitgesellschafter einen Befreiungsanspruch, und dieser besteht auch dann, wenn nur **ein** Gesellschafter das Geschäft weiter führt (RG. 60, 156). Dafür, daß die Urkunde v. 23. Juni 1928 diesen Anspruch irgendwie habe beschränken wollen, besteht kein Anhalt. Wenn das angefochtene Urt. sagt, die Urkunde besage nicht, daß die Bekl. eine Erklärung ihrer Gläubiger auf Entlassung des Kl. aus der Schuldverbindlichkeit herbeiführen oder die Gläubiger zur Freigabe von Sicherheiten veranlassen müsse, so würde damit ein etwaiger gesetzlicher Anspruch des Kl. dieses Inhalts nicht ohne weiteres ausgeschlossen. In welcher Weise die Befreiung zu erfolgen habe, wird im übrigen vom Gesetz nicht gesagt. Sie kann in der Beschaffung einer Schuldentlassungserklärung des Gläubigers bestehen, sie kann auch auf andere Weise, vornehmlich durch eigene Zahlung bzw. Leistung des zurückbleibenden Gesellschafters vor sich gehen. Im vorliegenden Falle richtet nun der Kl., nachdem der Gläubiger Dr. M. ihn aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit entlassen hat, seinen Prinzipalanspruch auf die Befreiung von der auf dem Urt. v. 14. März 1929 beruhenden Pflicht, die darin aufgeführten, an Dr. M. sicherungsweise übereigneten Sachen diesem herauszugeben, und, nachdem zufolge der eigenen Darstellung des Kl. jenes rechtskräftig gewordene Urt. vollstreckt ist, und M. die Sachen der Inhaberin der Bekl. zu unmittelbarem Besitz überlassen hat, auf die Herausgabe der Sachen selbst. Der Kl. hat damit entsprechend § 268 Ziff. 3 ZPO. der veränderten Sachlage Rechnung getragen. Ob die Fassung seines Antrags einwandfrei ist, darf zwar bezweifelt werden, da ein unmittelbarer Anspruch des Kl. gegen seine Ehefrau auf Herausgabe der Sachen, über die diese angesichts der M.schen Rechte ja keinerlei Verfügungsbefugnis hätte, nicht besteht. Immerhin ist klar, worauf der Kl. mit seinen Klageanträgen abzielt, nämlich auf Rückverschaffung seines von ihm behaupteten, ursprünglichen, durch den Sicherungsvertrag auf Dr. M. übergegangenen Eigentums und seines Besitzes durch die Bekl. kraft der ihr obliegenden Befreiungspflicht. Dementsprechend ist auch der in der gegenwärtigen Instanz gestellte Eventualantrag gefaßt. Daß dem Kl. aber, wenn er sein Eigentum an den sicherungsweise übereigneten Gegenständen darzutun vermag, gemäß § 738 BGB. ein Befreiungsanspruch in dem erwähnten Sinne gegen die Bekl. zustehen würde, ist unbedenklich anzunehmen. Zu Unrecht lehnt das angefochtene Urt. eine Verpflichtung der Bekl., die Sachen von der Belastung mit der Sicherheit zu befreien, ab. Es verkennt, daß die in § 738 BGB. vorgesehene Befreiung so lange nicht als vollständig

---

Zu 1. Die Entsch. ist von nicht unerheblicher praktischer Bedeutung, denn § 738 BGB., um dessen Auslegung es sich handelt, gilt nicht nur für die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, sondern er kann gem. § 54 BGB. auch für nicht rechtsfähige Vereine eine Rolle spielen, und er findet vor allem auf die Personalgesellschaften des Handelsrechts, die OHG. und die KommGes., Anwendung. Auch gilt er, wie das RG. mit Recht hervorhebt, nicht nur seinem Wortlaut entsprechend für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft, sondern er ist auch dann analog anzuwenden, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird, sofern ein Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven weiterführt.

Die Entsch. des RG. ergibt für die Auslegung des § 738 die folgenden beiden Grundsätze:

1. Der ausscheidende Gesellschafter hat einen Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsverbindlichkeiten, sobald diese fällig sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger gegen ihn vorgeht.

2. Ist mit ihm persönlich gehörenden Gegenständen einem Gesellschaftsgläubiger Sicherheit geleistet worden, so kann er Aufhebung der bestellten Pfandrechte und Rückverschaffung des Eigentums an den im Wege der Sicherungsübereignung übertragenen Sachen fordern. Voraussetzung dieses Anspruches ist weder Fälligkeit der gesicherten Forderung noch irgendeine Maßnahme des Gläubigers zur Realisierung der Sicherheit.

Beiden Grundsätzen wird man zustimmen müssen. Der erste ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 738. Der zweite folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Insbes. ist es zutreffend, daß es in diesem zweiten Falle im Gegensatz zu dem ersten nicht auf die Fälligkeit der Forderung ankommt. Der Sinn der Vorschrift des § 738 ist offenbar der, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nach der Auseinandersetzung keinerlei Nachteile aus seiner früheren Beteiligung an der Gesellschaft haben soll, obwohl seine Haftung für die Gesellschaftsschulden im Interesse der Gesellschaftsgläubiger fortdauert. Ist die Forderung, für die er weiterhaftet, noch nicht fällig, so kann von der Gesellschaft Befriedigung des Gläubigers nicht erwartet werden. Eine Befreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters von der Schuld auf andere Art ist ohne Zustimmung des Gläubigers nicht möglich. Anderer-

B.

M.

keit

ber

mei

Ostpr., so